Procurement
Review
Board of
Canada

Commission
de révision
des marchés publics
du Canada

1990

ANNUAL REPORT

Printed on recycled paper

Canola-based ink

Procurement Review Board of Canada
Chairman

La Commission de révision des marchés publics du Canada
Président

91-04652/

The Honourable Pierre Blais
Minister of Consumer
and Corporate Affairs
House of Commons
Room 356, Confederation Building
Ottawa, Ontario
K1A OA6

Dear Minister Blais:

Pursuant to subsection 22(1) of the Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act, I am pleased to submit to you, for tabling in Parliament, the second annual report of the Procurement Review Board of Canada. This report covers the operations of the Board for the year 1990.

Yours sincerely,

G.A. Berger

©Minister of Supply and Services Canada 1991
Cat. No. PR1-1990
ISBN 0-662-58259-4

Table of Contents

Chairman's Message 1
The Year in Review – Summary of Complaint Activity 7
- Disposition of Complaints 7
- Cases decided without written Determination by the Board 8
- Cases decided by written Determination by the Board 9
- Recommendations from 1989 17
- Cases in progress at year-end 18
- Jurisdictional Issues 19

The Board's mandate and powers 22
How the Board operates 24
- The organization 24
- The process 25

Appendix A: Financial statement 28
Appendix B: Address of the Board 29
Appendix C: Board and staff 30

Chairman's Message

This is the second Annual Report of the Procurement Review Board of Canada covering its operations from January 1, 1990 to December 31, 1990. In that period, I believe the Board really started making a positive contribution to the better functioning of the Canadian procurement system.

The Board was created to implement a commitment made by the Government of Canada in the Free Trade Agreement to establish "a reviewing authority with no substantial interest in the outcome of the procurement" to receive and decide bid challenges. The Agreement goes on to state "The reviewing authority should be authorized to make recommendations in writing to contracting authorities respecting all facets of the procurement process, including recommendations for changes in procedures in order to bring them into conformity with the obligations of this Chapter."

The motivation for creating the Board and its formal bid protest system emanated from the requirements of the Free Trade Agreement and the necessity for providing American suppliers to the Canadian Government with comparable bid protest facilities to those which exist in the United States, and which are available to Canadian suppliers. Most of the complaints to date, however, have come from Canadian suppliers. Prior to the Free Trade Agreement, these suppliers were limited to protesting formally to the Federal Court of Canada or informally through the departments concerned.

The "true value" of an independent tribunal became clear early on in its operation when the Board, within a relatively short period of time, received two complaints from Canadian suppliers dealing with restrictive specifications which they alleged effectively prevented them from bidding on certain federal government contracts. In both cases, traditional but informal appeals to the departments concerned were to no avail. However, in both cases, formal appeals to the Procurement Review Board of Canada resulted in almost instantaneous revisions of the specifications by the client departments, thereby enabling both companies to compete.

Whether the companies were actually successful in winning the specific contracts is not the mandate of this Board. What we are concerned about is the fairness and openness of the bidding system – ensuring a level playing field for suppliers throughout the contract award process.

In this regard, I would like to note the commitment of the Government and, in particular, the Minister of Supply and Services, the Honourable Paul Dick, in their efforts to open up the bidding system. It is one thing to say you have an open, transparent and fair bidding system, and another to demonstrate that it truly is by actually making the necessary changes and then providing for formal bid protest to an independent body, short of requiring suppliers to spend the time and money to go to the Federal Court of Canada. In this regard, I note the speech of the Minister to the Aerospace Industries Association of Canada on September 17, 1990 when he said: "I'd like the PRB (or some such appeal mechanism) to cover all the procurements from my department, D.S.S., and eventually – all other federal government procurement as well."

I would also like to recognize a number of individuals, companies and business associations, in particular the Information Technology Association of Canada, the Aerospace Industries Association of Canada and the Canadian Manufacturers Association of Canada for their support for the concept of formal bid protest in general, and of the work of this Board in particular. In this era of "service to the public," this is truly an important performance measure for the Board.

There are some concerns that have been raised about how the Board operates currently. The first is that the Board, having received a complaint, does not confine its investigation to the complaint, but rather deals with the entire procurement. In legal terms, this means that the Board is not restricted to the pleadings.

This is true. The Board's investigation is governed by Section 17 of the Free Trade Agreement Implementation Act which requires that:

> "In considering a complaint, the Board shall be guided by and determine whether the requirements . . . as are prescribed have been complied with in respect of *the procurement that is the subject matter of the complaint*."

And Section 19 of the Act authorizes remedies:

> "19 (1) "Where the Board determines that a *procurement . . . does not comply with any of the requirements referred in Section 17 . . .*"

It is therefore clear that Parliament intended the Board to investigate the procurement that is the subject of the complaint, and not be restricted to the complaint itself. From a fairness point of view, this is important because

a complainant may not be aware of all potential problems of a procurement, at the time of a complaint. The same applies to the procurement department, who may not necessarily be aware of certain matters involving the procurement that took place in the customer department that is, or will be, the user of the goods that are the subject matter of the procurement. A detailed review of Board decisions has revealed that in all cases, the decision of the Board has been made on the basis of the complaint, although in some cases the Board has made observations or recommendations on related matters.

A concern that flows from this is that such a liberal approach to the acceptance of bid protests will encourage the submission of a large number of frivolous complaints, essentially "fishing expeditions", in the hope that the Board will find substance where the complainant can establish none. I believe the Regulations provide adequate tools to guard against such potential abuses:

1. There are means under the Regulations for dismissing frivolous complaints, specifically Section 28(1)(d) which requires as a condition for acceptance for investigation "that the complaint is not trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith."
2. The Board may, under Section 32(1)(a) of the Regulations, dismiss a complaint at any time where the complaint "on its face does not disclose a valid basis."

The second concern is that the Board has not yet held any formal hearings or conferences and has relied instead on the investigation reports prepared by its staff, which include the full replies by the government to the allegations and the comments thereon by the complainant, as the factual basis for making its decisions. No hearings have been held because in all the cases the Board has dealt with, save one, I believed that the party against whom the decision would go knew all the facts that were contained in the investigation reports and there was enough information disclosed as a result of these "file hearings" upon which to take decisions without exposing the parties to the time and cost of a public hearing. In one case, I was of the opinion that there may have been information in the investigation report upon which a decision could depend, which may not have been known to one of the parties. The Board therefore directed that copies of that report be sent to the Department of Supply and Services and the complainant for comment.

When these comments were received, I determined that no further investigation, including a hearing, was necessary, nor was one requested, and the Board proceeded to a determination. On the other hand, if the Board is ever required, for example, to deal with disputed evidence, this Board will hold a public hearing. I want to ensure that both parties regard the investigation as being conducted in an open, fair, thorough and transparent manner. The Board invites comments and suggestions as to how our investigative processes could be improved or be made any fairer.

The Board is afforded considerable flexibility in its effort to be fair and "user friendly" by Section 20(1) of the Regulations which states "All proceedings before the Board shall be dealt with as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit". Ultimately, of course, fairness at the hands of the Board is monitored by the right of appeal available under Sections 18 and 28 of the Federal Court Act.

In my report last year, I indicated that the Board would be actively engaged in providing technical advice to the Government regarding bid protest relating to possible changes to the GATT Procurement Code, the Intergovernmental Agreement on Government Procurement, and a general extension in the Board's mandate. This work did take place, but it is for others to report on progress or otherwise.

But what the year did demonstrate is the basic soundness of the general criteria contained in the Free Trade Agreement on which the Board assesses procurement actions to determine fairness, and their suitability for application to any extension in the Board's purview.

In our first year operations, the Board received 7 complaints, only 4 of which could be accepted as coming under its legislative mandate. In the second year, the number of complaints tripled to 21 and, while a number had to be rejected for lack of jurisdiction, the Board was able to accept 12 as coming

within its mandate. This is still a modest number although it does not include the exploration of potential complaints by suppliers with Board staff but which did not result in formal complaints. It should also be noted that only one complaint came from a U.S. firm directly although another U.S. firm filed protests through its Canadian office. These numbers may contain, in a sense, good news and bad news – good news in that bid protest still only represents less than one-half of 1% of contracts awarded under the FTA, but bad news in that it may also indicate that some elements in the private sector may not know about the Board or are still hesitant or unwilling to avail themselves of the remedies available from the Board.

I sincerely hope that developments which are taking place in bid protest will effectively demonstrate to the private sector that, in the words of a former Minister of Supply and Services, "it is a right, not a privilege, to sell to the federal government."

The work which is summarized in this report reflects the professionalism and dedication of the Board's staff in working with the private sector and the Government in supporting the decision-making process of the Board. They have come from a variety of backgrounds and experiences to form a well-functioning team – or as one would describe the sound of the Count Basie Orchestra – "crisp section work!" I thank all of them for their effort and assistance.

G.A. Berger
Chairman

The Year in Review – Summary of Complaint Activity

1. Disposition of Complaints

Table 1 – Disposition Data

a) Cases in process at beginning of year	2
b) Complaints received during the year	21
c) Cases closed during the year	18
d) Cases in process at end of year	5

All complaints initiated with the Board are registered as active cases until such time as they are dealt with and considered "closed". Cases may be closed for several reasons and at any time after their receipt by the Board. Cases which are closed can be listed under either of two categories. The first category covers those cases decided by the Board without a written Determination (generally those with a critical procedural, administrative or jurisdictional defect barring their acceptance by the Board). The second category contains those cases accepted, investigated and decided by written Determination of the Board. Table 2 is a tabulation of the 18 cases which were closed during the year and the nature of their disposition. A synopsis of all cases can be found immediately following this tabulation:

Table 2 – Summary of Complaint Activity

Category 1: Cases decided without a written Determination by the Board	
a) complaints abandoned by complainant during the filing process	2
b) complaint dismissed because of late filing	1
c) complaints dismissed because they dealt with procurements falling outside of Board's jurisdiction	6
Category 2: Cases decided by means of a written Determination by the Board	
d) complaint not sustained because it lacked a valid basis	1
e) complaints sustained on their merits	8

2. Cases decided without a written Determination by the Board

Abandoned Complaints

Two complaints were received which lacked sufficient information to permit them to be considered complete and thus properly filed as per Regulation 21(1). The complainants were informed of the deficiencies but for reasons unknown to the Board, both complaints were abandoned by the complainants.

Late Filing

A complaint surrounding the purchase of aircraft cells (batteries) was received by the Board some 37 days after a notice of the contract award was published in Government Business Opportunities. This delay in filing the complaint was substantially in excess of the 10-day time limit for such filing as set out in Section 23 of the Regulations. Since no cause was shown why the Board should extend the time limit, the Board dismissed the complaint.

Lack of Jurisdiction

Four of the six complaints which were dismissed by the Board for lack of jurisdiction related to procurements that had estimated values which exceeded the upper limit ($210K) allowed by Section 15 of the Free Trade Agreement Implementation Act. One of the remaining complaints surrounded a procurement for services (data conversion) and the other related to goods which are not included in the list of goods eligible for treatment under the Free Trade Agreement when purchased on behalf of the Department of National Defence. Lacking jurisdiction, the Board had no option but to dismiss these complaints and referred the complainants to the government institution responsible for conducting the procurement actions.

3. Cases decided by means of a written Determination by the Board

Complaint Not Sustained

A complaint was filed by Blowey-Henry (Wholesale) Limited, Edmonton, Alberta, (E90PRF6638-021-0002), concerning the supply of household furniture to Employment and Immigration Canada on an "*as and when required*" basis in connection with its refugee assistance program. Whereas in the past, Supply and Services Canada (SSC) traditionally invited bids from a list of area suppliers registered with the Department, in conformity with the Canada-U.S. Free Trade Agreement the use of such lists was discontinued for procurements pursuant to the Agreement. Instead, bids are publicly invited through the publication of a "*Notice of Proposed Procurement*" (in the booklet entitled "Government Business Opportunities" which is distributed daily on subscription by SSC). The complainant alleged that SSC did not notify it of this change in procedure and thus did not provide it an equal and fair opportunity to bid for the contract. The Board determined that there was no valid basis for the complaint in that bids were solicited in conformity with the FTA. It further noted that Supply and Services Canada had conducted a multi-faceted, multimedia communication effort to inform all suppliers of the new procedure which included the provision of information material directly to all registered suppliers. Accordingly, the Board did not sustain the complaint.

Complaints Sustained

The Board sustained the following complaints and ordered the payment of certain costs and/or made other recommendations as indicated. Included is a report on the implementation status of the recommendations made by the Board as applicable in each case, the procedures for which are outlined in Article 20 of the FTAI Act. The cases are grouped under headings representing the principal causes giving rise to the complaint:

Technical Specifications – "No Substitute"

A complaint was filed by H.J. Reis International Ltd., Carp, Ontario, (D90PRF6601-021-0001), concerning a procurement made by SSC for the rental of a tractor for use by the Department of Agriculture. In this case, bids were invited by the publishing of a Notice of Proposed Procurement for a tractor described by a model number of a specific manufacturer without the qualifying words "*or equal*". On the bid closing date, two bids had been received, one from the complainant

offering a tractor at a lower price than the model specified. SSC at that point decided that the results of this solicitation ought not to be pursued and it issued a new solicitation for the need this time with the words "*no substitute*" added to the model specified. This second solicitation did not purport to cancel or supersede the first solicitation nor was a Notice of Proposed Procurement published as prescribed. The complainant contended that its bid on the first solicitation was for equipment which met the requirement and that therefore the bids as received should be allowed to stand and the award made to the lowest responsive bidder. Because no contract had been awarded at the time the complaint was filed and since no objections were raised by SSC when so requested, the Board issued a Stop Award Order.

Determination:

The complainant prevailed. The Board found that use was made of a trade name as a technical description without including words such as "*or equal*" and that the new solicitation, among other things, was issued without publishing the required Notice. The Board did not award the complainant its bid preparation costs nor recommend the contract be awarded to them as requested as in the circumstances it could not be determined that the offer made by the complainant would have been either compliant or the lowest responsive bid. The Board sustained the complaint on its merit and awarded the complainant reasonable costs related to filing and proceeding with the complaint.

Recommendations:

That a new solicitation for this procurement be issued if the equipment is still required and that Supply and Services Canada amend its Directive 2005 on "*No Substitute and Sole Source Purchase Requisitions*" to make it fully consistent with Canada's obligations under the GATT Code and the FTA.

Status:

The complainant received payment to defray costs related to filing and proceeding with the complaint. As well, SSC has (a) amended Directive 2005 to clarify it in light of the GATT and the FTA obligations, and (b) issued a new solicitation for the requirement in conformity with the GATT and the FTA.

Evaluation of Bids

A complaint was filed by Bio-Temp Scientific Inc., Sarasota, Florida, (E90PRF66W9-021-0003), concerning the award of a contract by SSC for a temperature, altitude and humidity chamber on behalf of the Department of National Defence. The complainant alleged that the bids were evaluated unfairly resulting in an award to a higher bidder.

Determination:

The complainant prevailed. The Board found that the government did not provide all potential suppliers, in the pre-notification phase, equal access to pre-solicitation information and thus an equal opportunity to compete. Moreover, by using factors in the evaluation of bids that were not clearly specified in advance and by applying them in an inconsistent manner, the procuring entity failed to provide all potential bidders an equal opportunity to bid responsively. In addition the Board found this to be a case where the low bid submitted by the complainant had been by-passed and that, but for the actions of the Government, the complainant had been deprived of its right to the contract. The Board awarded the complainant its costs relating to the filing and pursuit of the complaint and those incurred in the preparation of its bid.

Recommendations:

That the contract, already awarded to another bidder, be terminated and awarded to the complainant subject to the recovery from the contract price of the amount paid to cover bid preparation costs and, if the progress payment concession granted to the original contract awardee is to be included in the contract with the complainant, the price should further reflect the negotiated value of that concession. Alternatively, if this proved to be impractical, SSC should present the Board with a proposal for compensation, developed jointly with the complainant, that the Board could recommend as fair and reasonable in the circumstances. Further, information contained in bid solicitation documents should include clear and transparent information about the government's intentions with respect to Customs Duties and Federal Sales Tax and how these cost factors will be treated when bids are being evaluated.

Status:

The complainant was paid its costs for filing and pursuing the complaint and the preparation of its bid. SSC accepted the alternative recommendation for the payment of compensation. It jointly developed with the complainant a compensation proposal which was

approved by the Board and paid by the Government. On the issue of Customs Duties and Federal Sales Tax, SSC has initiated a policy review aimed at clarifying its procedures and practices in these matters.

A complaint was filed by Cardinal Industrial Electronics Ltd., Edmonton, Alberta, (D89PRF6608-021-0005), alleging that, in response to a competitive bid solicitation issued by SSC for uninterruptible power supply units, it had submitted the lowest responsive bid and should have been awarded the contract whereas the award was made to a higher bidder based on evaluation criteria which were not set out in the bid solicitation documents. Apart from the complaint itself, this case raised a jurisdictional issue of some importance which is outlined elsewhere in this report.

Determination:

The complainant prevailed. The Board found that the product offered by the complainant met the essential technical and operational requirements as described and set out in the bid solicitation. Since its bid was also the lowest priced, the complainant was, therefore, the lowest responsive bidder. Utilizing technical evaluation factors which were not all clearly spelled out in advance in the bid solicitation, the Government deprived the complainant of a contract it should have won. The Board awarded the complainant its costs relating to the filing and pursuit of its complaint and those incurred in the preparation of its bid.

Recommendations:

Because the awarded contract had been by then fully performed (the equipment had been delivered, paid for, and was in service), the Board was unable to recommend any action which could undo what had occurred. Accordingly, the Board recommended that compensation be awarded to the complainant based upon the profit, if any, which the complainant would have received had it been awarded the contract at the price per unit quoted in the complainant's bid, less the bid preparation costs already awarded.

Status:

The complainant was paid cost awards for complaint and bid preparation costs respectively as well as compensation representing the profit it would have received had it been awarded the contract.

A complaint was filed by Cardinal Industrial Electronics Ltd, Edmonton, Alberta, (E90PRF66W9-021-0009), regarding a contract awarded by SSC on behalf of the Department of National Defence for work station grounding kits. The complainant contended that the technical evaluation performed in respect of the goods which it offered was flawed in that the goods it offered were equivalent to the goods specified in the bid solicitation document and, had a fair evaluation been made, it would have received the contract because it had submitted the lowest bid. The complainant sought cancellation of the contract and its re-award to them.

Determination:

The complainant prevailed. The Board found that SSC employed a methodology in the evaluation of bids (lowest cost) which was different than the one specified in the solicitation documents (best value to the Crown) and therefore the Board ruled in favour of the complainant on that fundamental issue. However, tempered by the circumstances of this case, the Board did not concur in recommending the remedy they requested.

The Board was of the opinion that, had the government acted according to the provisions in the FTA, there was no certainty that the complainant would have won the contract. Therefore the Board could neither recommend the remedy sought by the complainant nor compensation. However, the complainant was awarded its reasonable costs of filing and proceeding with the complaint and one half of its reasonable costs of preparing its bid as it was invited to participate in a defective competitive action where no viable outcome could be expected in the circumstances. The bid costs were halved since, due to a lack of clarity in its offer, the complainant was in part responsible for its problem.

Status:

The complainant was paid its complaint costs and one half of its bid preparation costs.

A complaint was filed by Earl C. McDermid Limited, Downsview, Ontario, (E90PRF6608-021-0012), concerning a procurement by Supply and Services Canada for three types of facsimile paper for use in various models of facsimile machines of a particular manufacturer. The ensuing arrangement was to be a standing offer under which the winning bidder would supply the paper on certain agreed conditions, including price, against orders given directly to the supplier from time to time by the user, the Department of External Affairs. The complainant alleged that its bid was lower than the one accepted as the

winning bid for reasons believed to be associated with a faulty evaluation of its bid regarding duty and federal sales tax. The complainant requested that the award be cancelled and bids be re-solicited or that the award be made to them. This case raised two jurisdictional issues which are dealt with elsewhere in this report.

Determination:

The complainant prevailed. The Board found that Supply and Services Canada did not use decision criteria in the evaluation of bids and the awarding of the standing offer that were clearly specified in advance. The Board awarded the complainant its reasonable costs associated with filing and proceeding with its complaint and, because it appears that, but for the action of the Government, the complainant may have been the low bidder in this solicitation, it was also awarded its reasonable costs relating to the preparation of its bid.

Recommendations:

That Supply and Services Canada cancel the standing offer with the awardee and re-solicit bids against clearly defined criteria specified in advance to all potential bidders in accordance with the requirements of the FTA.

Status:

A new requisition is being issued by the Department of External Affairs and the existing standing offer will be withdrawn by SSC as soon as a new standing offer is awarded. The complainant has decided not to claim the costs awarded it by the Board.

A complaint was filed by Earl C. McDermid Limited, Downsview, Ontario, (E90PRF6635-021-0013), concerning a procurement by SSC for facsimile paper in rolls 8 ½ inches wide and 328 feet long. The arrangement was to be a standing offer to meet the needs of the user department, the Privy Council Office. The paper was described by a trade reference number used by the equipment manufacturer but with the proviso that equivalent substitutes would be considered. The complainant alleged that 1) the winning bidder had quoted on supplying non-eligible goods as defined under the Canada-U.S. Free Trade Agreement and, 2) the price of the non-eligible goods in the winning bid should have been penalized, for evaluation purposes, by a factor of 10% as called for by SSC policy and that consequently an improper award had been made.

Determination:

The complainant prevailed. The Board found that this procurement was flawed in that a) SSC did not use decision criteria in the evaluation of the bids that were clearly specified in advance and b) by failing to apply the evaluation criteria consistently in respect to all bids received, it failed to provide all suppliers an equal opportunity to be responsive to the requirements of the procuring entity. Further, the Board observed upon the fact that there appeared to be considerable confusion over the meaning of such terms as "*eligible goods*"; "*foreign content*"; "*products of domestic origin*", and the like, and that SSC had failed to make it clear to the supplier community in its official notices how these factors come into play during the evaluation of bids.

Notwithstanding the above, the Board was of the opinion that none of these factors was fatal to the award. With regard to the first part of the complaint, the supply of non-eligible goods is not prohibited by the FTA. The Board was left then with the key issue of how such bids are treated for evaluation purposes. Following a re-evaluation of the bids utilizing appropriate decision criteria consistently applied to all bids, it was found that the ranking of the bids would have remained unchanged. Thus the bid originally accepted would have remained the lowest responsive bid at that time. However, this procurement did not end with the original award. It subsequently developed that the awardee had erred in its bid and was no longer the lowest responsive bidder. However, the complainant's bid, on its face, was not the next lowest and therefore it was not clear that it would be entitled to the award should it be feasible to use the results of the original bid solicitation to select the bidder next in line. As a consequence, the Board did not award bid preparation costs but did award the complainant reasonable costs of filing and proceeding with the complaint.

Recommendations:

That the standing offer be awarded to the next lowest responsive bidder willing to honor its quoted price. This process should be continued as long as the prices involved are considered to represent fair value to the government. Failing this, a new solicitation should be issued. In addition, Supply and Services Canada should review, clarify and correct, as appropriate, its internal policy Directive 3005 and its solicitation documents, in particular as they relate to eligible goods, foreign content, and bid evaluation procedures, and finally, it should revise and clarify its published procedures in respect of the same matters for the benefit of the supplier community and the improvement of transparency in the procurement process.

Status:

The complainant has decided not to claim the costs awarded by the Board. The Privy Council office has informed SSC of its intent to continue to use the National Master Standing Offer to satisfy its present demand, but that a new requisition for a new standing offer was forthcoming. This anticipated requirement will be conducted in accordance with the applicable rules. SSC is also in the process of revising its Eligible Goods Form which deals with supplier declarations in relation to the origin and content of the goods proposed by them. Finally, the procedures dealing with the evaluation factor applying to non-eligible goods were published in the January 25, 1991 issue of Government Business Opportunities.

A complaint was filed by Repco Data Inc., Pointe-Claire, Québec, (E90PRF66M9-021-0014), concerning a solicitation of bids for a standing offer to supply bagged softwood shavings over a period of 8 months to the Royal Canadian Mounted Police. The solicitation resulted in only one bid being received, that of the complainant, at a price judged by the RCMP to be too high in comparision to that which they had recently been paying. On that basis, SSC re-issued the solicitation, this time to only two selected potential suppliers: the complainant and the previous supplier. The complainant objected to the issuance of the second solicitation on the grounds it was irregular and unethical and with the further charge that it was unfair of SSC to communicate its bid price to the RCMP because its price may become known to the other potential bidder thus prejudicing the complainant's participation in the second competition. As a result of the second solicitation, the complainant was still the only bidder and its quoted price remained as before. The RCMP also refused to allow SSC to pursue the results of this solicitation and informed SSC that, until the matter was settled, it intended to purchase small quantities as required at values within its Local Purchase Order authority (which does not require procurement by SSC). The intent was to purchase small quantities at a more attractive price from the previous supplier whom they suggested DSS invite on the second solicitation but who had not bid on either solicitation. Because the complaint was filed before any award had been made, the Board was able to issue a Stop Award Order.

Determination:

The complainant prevailed. The Board found that: a) in the first solicitation, SSC did not use decision criteria in the evaluation of bids that best met the requirements as set out in the solicitation documentation, by not determining, in accordance with the GATT Code and departmental directives, if the single responsive bid offered fair value before rejecting it, and b) in the second solicitation SSC did not provide all potential suppliers an equal opportunity to be responsive to the requirements of the procuring entity in the tendering and bidding phase, in that it did not publish a Notice of Proposed Procurement as prescribed. The Board awarded the complainant its reasonable costs related to filing and proceeding with this complaint. Since there was no certainty that the complainant would become entitled to the award of the standing offer, there was no order made as to bid preparation costs.

Recommendations:

That Supply and Services Canada undertake a negotiation with the complainant to determine what represents fair value for the goods required in the original solicitation and proceed with the procurement in accordance with established procedures in light of the results obtained.

Status:

DSS has successfully completed negotiations with the complainant, issued them a standing offer for the requirement and has paid the complaint costs awarded.

4. Recommendations from 1989

Also included in this category is ***the complaint*** filed by LANsPLUS Inc., Ottawa, Ontario, (D89PRF6608-21-0006), which was summarized in our 1989 Annual Report. The complaint had to do with the sole-sourcing by SSC of certain data processing equipment for use by External Affairs Canada, where it was determined by the Board that improper use of sole-sourcing justification was made. The purpose of including this case here is to report upon the status of the Board's recommendations since this was not known at the time of writing our 1989 Report. It should be noted that the complainant has declined to claim its costs as awarded by the Board.

Technical Specifications – "Sole Source"

Recommendations:

That Supply and Services Canada: 1) review the extent to which all levels of contracting officers understand their responsibilities with respect to reviewing and accepting justification for sole source tendering; 2) review its policies and procedures for publishing notices of sole-source procurements, with a view to increasing transparency of the procurement process and ensuring the bid challenge system operates effectively.

Status:

SSC informed the Board that recommendation 1. was being implemented by the inclusion of a relevant segment in all training courses that will be conducted in the autumn and winter periods of 1990/91 and thereafter. On recommendation 2, it informed the Board that it had reviewed the feasibility of publishing notices of single source procurements in advance of the contract award. Though initial findings indicated that publishing advance notices could increase workload considerably, additional study is underway to determine how and when this initiative could be implemented.

5. Cases in progress at year-end

Two complaints (Environmental Growth Chambers, Ltd., D90PRF6631-021-0017 and Enconaire (1984) Inc., D90PRF6631-021-0018) were received relating to a procurement for the supply of two growth chambers and one growth room for the National Research Council's Plant Biotechnology Institute in Saskatoon, Saskatchewan. These complaints allege that a competitive process was inappropriately cancelled and substituted with a sole source action. Two complaints (Enconaire (1984) Inc., E90PRF6601-021-0020 and Environmental Growth Chambers, Ltd., E90PRF6601-021-0021) were received relating to a sole source procurement for the supply of four growth chambers for Agriculture Canada. One complaint (Enconaire (1984) Inc., E90PRF664Y-021-0019) was received relating to a sole souce procurement for the supply of one growth chamber and one incubator for Forestry Canada. In all these complaints, it is alleged that the complainants were treated unfairly by not being given any opportunity to compete. The investigations of these complaints were in progress at year-end and determinations were issued on 14 and 28 of January 1991 and 15 of February 1991 dealing with those complaints. The complainants prevailed in the five complaints and these will be reported in our 1991 Report.

6. Jurisdictional Issues

During this, the second year of its existence, (and as could be expected of any organization responsible for administering new and untried legislation), the Board encountered several important issues relating to the interpretations of Part II of the FTAI Act and associated instruments. In all cases the issues dealt with subjects which questioned the Board's jurisdiction in certain situations and because the outcome of these challenges is important to the future exercise of the Board's mandate, a summary of these developments is included in this Report.

Dollar Threshold

An issue arose surrounding the jurisdiction of the Board in connection with complaint No. D89PRF6608-021-0005. In that case, the procuring entity, SSC, had received a requisition from the Department of External Affairs for goods which were estimated in the requisition to cost an amount within the value range prescribed by the FTA. Accordingly, SSC published the required Notice of Proposed Procurement which resulted in several bids being received ranging in value from just under $14,000. to over $44,000. Upon being notified of the complaint (summarized heretofore in this Report), SSC took the position that, because the contract which was awarded had a value of $16,544 which was below the lower threshold prescribed by the FTA, the Board should not consider the complaint, even though at the outset, the procurement was published in good faith as being subject to the FTA based on the value originally estimated in the requisition. The contention was that no complaint may be brought in respect of a contract that has been awarded unless it "*has a value that (a) exceeds the amount of the threshold fixed by Article 1304 of the FTA (Cdn $31,000.)..and (b) is less than the amount of the lower threshold of the GATT Code (Cdn $213,000.) . . .*" now revised to Cdn. $210,000.). (The quoted excerpts are from Sec. 15 of the Free Trade Agreement Implementation Act, Part II S.C. 1988, Ch.65).

Following a thorough examination of the issue, the Board took the position that such an interpretation of its jurisdiction would create several anomalous and absurd situations such as would frustrate the intent of the system and quickly bring it into disrepute.

Accordingly it was decided that the governing criteria for future application of its mandate would include, inter alia, the *estimated value* of the procurement at the time of the inception of the procurement or at the time of publication of the Notice of Proposed Procurement regardless of the actual value of any contract or contracts subsequently awarded and whether the complaint is brought before or after any such award.

In connection with Complaint No. E90PRF6608-021-0012, there were two issues of a jurisdictional nature which were raised by SSC, the procuring entity, after having been provided with a copy of the complaint. These were: (1) that the complaint was filed more than "*10 days after the basis of the complaint was known or should have reasonably been known*" as required by Section 23(1) of the Board's Regulations, and (2) that, contrary to Section 21(1)(f) of the same Regulations, the complaint was not "*concise and logically arranged*" and did not "*contain a clear and detailed statement of the substantive and factual grounds of the complaint*".

Time to File a Complaint

On the first issue, that of timeliness, the Board's investigation revealed that indeed the complaint was filed approximately one week beyond the 10 day period allowed following the date upon which the complainant had constructive knowledge of grounds upon which to file a complaint. However, the Board has authority in Section 23(4) of the Regulations to consider a complaint that is not filed within the prescribed time limits "*where good cause is shown or where it determines that a complaint raises issues significant to the procurement system*". In this instance, the Board determined that the complaint did raise issues significant to the procurement system and therefore decided to consider it. This decision was taken in light of the fact that this was the first complaint the Board received where the decision rests on the three issues of sales tax, duties and origin of goods in the evaluation of bids.

Construction of Complaint to the Board

Concerning the second issue, the Board felt it important to make it clear that it intended to be guided by the principle set out in Section 20(1) of the Regulations which specifies that "*all proceedings before the Board shall be dealt with as informally and as expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit*". Therefore, in respect to Section 21(1)(f) dealing with the subject at hand, and the manner in which the Board intends to interpret this requirement, the Board established the position that this provision must be interpreted with due care and that it intended to steer a course between two extremes – first, to employ an interpretation with reasonable flexibility so as not to result in the rejection of proper complaints on overly technical grounds and second, to guard against so loose an interpretation as to allow the complaint system to become encumbered with incomprehensible, trivial, frivolous, or even vexatious complaints. In this case, while this particular complaint was perhaps not organized to facilitate clarity and was encumbered with unrelated and judgemental matter, the Board decided that it was sufficiently clear, particularly when read in conjunction with other material enclosed with it, and that it disclosed a reasonable indication that the procurement may not have been carried out in accordance with the policies, practices, and procedures of the Government.

The Board's mandate and powers

Established under Part II of the Free Trade Agreement Implementation Act, the Board has the powers of a superior court of record with respect to attendance at hearings, the swearing in and questioning of witnesses, the production and inspection of documents, and the enforcement of its orders.

The Board is an administrative tribunal. It is an independent body with no direct interest in government procurement other than ensuring fair treatment for suppliers interested in doing business with the Government of Canada.

Canadian and U.S. suppliers who believe that Canadian government institutions have not treated them fairly in the bidding process or the awarding of contracts can lodge a written complaint with the Board within time limits laid down in the Regulations. The Regulations require proceedings to be dealt with *"as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit."*

For the complainant's part, the challenge will be allowed to proceed if complete and valid documentation is made available within specific time limits. The Board's decision to accept a complaint for investigation has to take the following points into consideration:

1. the procurement had an estimated value between $31,000 and $210,000 (as adjusted every two years) at the time of solicitation;
2. the goods are being procured by an eligible entity (these include most federal departments and some agencies, such as the Canada Post Corporation, but Transport Canada, Fisheries and Oceans and Communications Canada are excluded, as are any goods considered necessary for national security or national defence purposes);
3. the procurement relates to goods, i.e. the service component must be incidental to the acquisition of the goods and less than 50 per cent of the total value.

Where the Board decides to commence an investigation and a contract has not yet been awarded, the Act provides that the Board may order the government institution to postpone award of contract, unless it certifies that *"the procurement is urgent or that a delay would be prejudicial to the public interest."*

The Board is required to make a determination within 90 calendar days of receiving a complete and valid complaint. There is also a provision for an *"express option"* in which the time frame is halved.

The Board can recommend to the procuring agency a number of remedies including the reissuing or re-evaluation of the tenders, termination of the contract and its award to the complainant, or the award of compensation to a complainant. It can also award reasonable costs related to filing the complaint and preparing the bid. Alternatively, it can dismiss the case.

Within the context of a written determination on a complaint, the Board is also entitled to make recommendations to a government institution on any aspect of its procurement.

The Act provides that a government institution shall endeavour to implement the recommendations of the Board to the greatest extent possible. Any government agency that does not intend to implement the recommendations in full must document its reasons within ten days. The Board is required to report this to Parliament in its Annual Report, along with the details of all other cases that come before it during the year. Any refusal to accept the Board's recommendations in full or in part does not affect the awarding of costs.

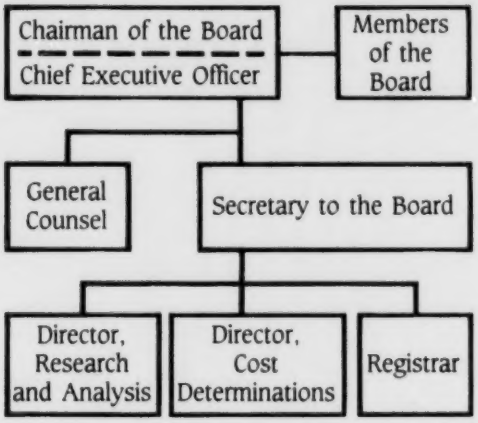
How the Board operates

The organization

The Board can have up to five members, including a chairman, all of whom are appointed by the Governor-in-Council. Their term is not to exceed five years, but members can be re-appointed. Under the Regulations, they must have knowledge and experience related to public-sector procurement. The Board reports to Parliament through the Minister of Consumer and Corporate Affairs. The Chairman is the Chief Executive Officer and is responsible for the Board's operations. During 1990, the Chairman was the only appointed member.

The Secretary to the Board, under the general direction of the Chairman, provides day-to-day support services to the organization. This includes giving policy advice and overseeing the technical work of investigating complaints and coordinating communications activities. The Secretary also exercises authority over the staff, manages the budget and oversees the preparation of the Annual Report.

The General Counsel reports to the Chairman, and gives legal advice to the Board and staff on questions of law, procedure and interpretation.



The Director, Research and Analysis investigates complaints by potential suppliers and prepares cases for presentation to the Board.

The Director, Cost Determination makes recommendations on costs and compensation where a complaint is upheld. This position was not filled during 1990.

The Registrar looks after all documentation and correspondence to and from the Board, and makes arrangements for holding hearings.

The process

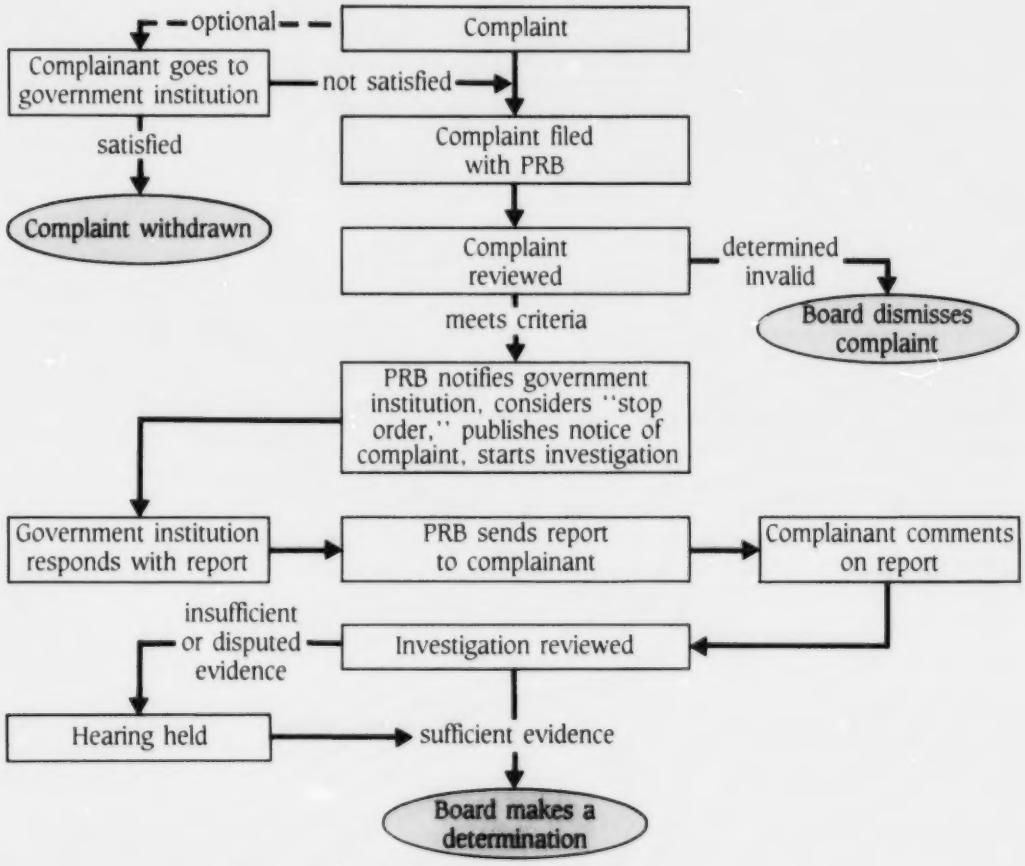
This is a supplier-initiated, complaint-driven system. Once the basis of the complaint is discovered (see flow chart below), there are two paths that a potential supplier has the option of pursuing. The complainant may choose to take the complaint to the government institution or to have the Procurement Review Board review the complaint in the first instance. The Board encourages complainants to attempt to resolve the issue first with the government institution in question.

If the complainant is not satisfied with the response received from the government institution, or if the complainant chooses not to pursue this option and files directly with the Board, then the Board reviews the complaint in accordance with its Regulations. First, the complaint is checked against the criteria for filing. The complainant is advised of any deficiencies in the complaint so that they may be corrected within the specified time limit. Once the complaint is admissible as filed, the complainant is sent a formal acknowledgement of receipt and the government institution is sent a copy of the complaint.

In accordance with the Regulations, the Board has five days to determine whether the complaint will be accepted as valid. During that period, the Board considers whether it will order the government institution to postpone awarding the contract until the investigation is complete. (If the government institution certifies, in writing, that the procurement is urgent or that a delay would be prejudicial to the public interest, the Board will not make the above "stop order.")

The Board reviews the complaint for its features that affect jurisdiction, i.e. the estimated value and eligibility of the procurement and of the supplier. If the complaint was filed within the specified time limits and if it meets with the criteria as spelled out by the Board's Regulations, then the investigation starts. If, on the other hand, the complaint has been determined to be invalid (i.e. either because the Board has no jurisdiction or the complaint is frivolous, vexatious or made in bad faith), the Board dismisses it.

Addressing the complaint



If the complaint has been accepted as valid, a copy is sent to the contractor (if applicable) and any intervenors of record. An official notice of the complaint is also published in the Canada Gazette Part I and in Government Business Opportunities.

As per the Board's Regulations, the government institution has 25 days after receipt of its copy of the complaint to file a report with the Board responding to the allegations made. The Board sends a copy of the government institution's report to the complainant who in turn has seven days to submit comments. These comments are then forwarded to the government institution and any intervenors.

The investigation now moves on to the interviewing of any parties or individuals who can provide further substantiation and insight. To this end, the Board may also choose to examine various files and to obtain other documents.

Once this stage of the investigation has been completed, the Board reviews the information collected and decides whether it now has sufficient evidence to make a determination, or whether a hearing should be held if, for example, certain evidence is unclear or in dispute. If the Board chooses to hold a hearing, interested parties are notified and pertinent witnesses are requested to attend.

The Board then makes a determination, which may consist of recommendations to the government institution and the awarding of costs to a prevailing complainant.

The government institution is notified of the Board's decision, and has either 10 days to advise the Board why it will not implement the Board's recommendations or, alternatively, 60 days to report on full implementation. (Orders with regard to the payment of costs must be abided by.) All other parties are informed.

Under Article 22(2) of the Act, the Board is requested to include in its Annual Report to Parliament a) the cases with which the Board has dealt during the year; b) the recommendations it has made during the year; c) the cases where recommendations have been fully implemented and d) the cases where recommendations have not been fully implemented and the reasons therefore.

Appendix A

Financial statement

	$000's	
	Forecast 1990-91	Actual 1989-90
Personnel	887	565
Goods and services		
Transportation and communications	60	38
Information	55	43
Professional and special services	180	176
Rentals	15	8
Purchased repair and upkeep	5	47
Utilities, materials and supplies	40	56
Other subsidies and payments	15	–
	370	368
Total operating	1,257	933
Capital	20	134
Budget reduction (Canada's effort in the Gulf)	20	–
Total program	**1,297**	**1,067**
Person-years	10	8

Appendix B

The mailing address of the Board is:

The Procurement Review Board of Canada
P.O. Box 1533
Station B
Ottawa, Ontario
K1P 6P6

The Board is located at:

5th Floor
60 Queen Street
Ottawa, Ontario
Telephone: (613) 990-1988
FAX: (613) 992-3686

Note: Correspondence with the Board should be directed according to the following:

1) *to file a formal complaint:* send it to THE REGISTRAR at the above address.

2) Correspondence of a general nature, e.g. information, instruction on procedures, etc., should be directed to THE SECRETARY, at the above address.

Appendix C

Procurement Review Board of Canada

BOARD

Gerald A. Berger, Chairman and Chief Executive Officer
Nancy Gabler, Secretary

STAFF OF THE BOARD

Jean Archambault, Secretary to the Board
Ronald E. Williams, Q.C., General Counsel
Randolph W. Heggart, Director (Research and Analysis)
Marie Chalifoux, Registrar
Karen Blackburn
Simone Comeau
Sandra McNeil
France Séguin La Haye
Jo-Ann Tremblay
Daniel E. Venance

Commissio
de révision
des marche
du Canada

1

RAPI

Procurement
Review
Board of
Canada

s publics

990

ORT ANNUEL

Imprimé sur du papier recyclé

Encre à base de canola

La Commission
de révision
des marchés publics
du Canada

Président

Procurement
Review
Board
of Canada

Chairman

L'honorable Pierre Blais
Ministre des Consommateurs
et des Sociétés
Chambre des communes
Pièce 356, Édifice de la Confédération
Ottawa (Ontario)
K1A 0A6

Monsieur le ministre,

Conformément au paragraphe 22(1) de la Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, je suis heureux de vous présenter, pour dépôt au Parlement, le deuxième rapport annuel de la Commission de révision des marchés publics du Canada. Ce rapport porte sur les activités menées par la Commission pendant l'année 1990.

Veuillez agréer, Monsieur le ministre, l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

G.A. Berger

©Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1991
Nº de cat. PR1-1990
ISBN 0-662-58259-4

Table des matières

Message du président 1
Revue de l'année – Résumé des plaintes 7
Issue des plaintes 7
Plaintes tranchées sans décision écrite de la Commission 8
Plaintes tranchées par décision écrite de la Commission 9
Recommandations de 1989 17
Affaires en cours à la fin de l'année 18
Questions de compétence 19
Attributions de la Commission 22
Fonctionnement de la Commission 24
L'organisation 24
Le processus 25
Annexe A: État financier 28
Annexe B: Adresses de la Commission 29
Annexe C: Membres et personnel de la Commission 30

Message du président

Voici le deuxième rapport annuel de la Commission de révision des marchés publics du Canada. Il porte sur la période du 1er janvier 1990 au 31 décembre 1990. Je crois que la Commission a vraiment commencé, pendant cette période, à apporter une contribution positive à l'amélioration du système de passation des marchés publics du Canada.

La Commission a été créée pour honorer l'engagement pris par le gouvernement du Canada, en vertu de l'Accord de libre-échange, à établir "une instance de révision n'ayant aucun intérêt important dans l'issue de la procédure de passation de marchés" pour qu'elle reçoive et tranche les contestations relatives aux offres. L'Accord précise ce qui suit: "L'instance de révision devrait être autorisée à faire des recommandations écrites aux autorités contractantes concernant tous les aspects du processus de passation de marchés, y compris des recommandations quant aux changements à apporter aux procédures pour les rendre conformes aux obligations prévues dans le présent chapitre."

La création de la Commission et de sa procédure officielle de règlement des contestations d'offre découle des exigences prévues dans l'Accord de libre-échange et de la nécessité de donner aux fournisseurs des États-Unis qui approvisionnent le gouvernement du Canada un recours de contestation des offres comparable à celui qui existe aux États-Unis et dont peuvent profiter les fournisseurs canadiens. Toutefois, la plupart des plaintes portées jusqu'à présent l'ont été par des fournisseurs canadiens. Avant l'établissement de l'Accord de libre-échange, ces fournisseurs ne pouvaient porter plainte qu'officiellement à la Cour fédérale du Canada ou officieusement aux ministères interessés.

La véritable utilité d'un tribunal indépendant n'a pas tardé à devenir claire lorsque la Commission a reçu, à un intervalle relativement court, deux plaintes de fournisseurs canadiens au sujet de conditions restrictives qui, selon eux, les empêchaient à toutes fins utiles, de soumissionner à l'égard de marchés publics fédéraux. Dans les deux cas, les appels classiques mais informels faits aux ministères intéressés avaient été infructueux. Toutefois, dans les deux cas, le recours à la Commission de révision des marchés publics du Canada a donné lieu à la révision quasi-instantanée des exigences par les ministères demandeurs, ce qui a permis aux deux entreprises de participer à la concurrence.

Il n'importe pas, dans l'optique du mandat de la Commission, que les entreprises en question se soient vues adjuger ou non les marchés précis qui faisaient l'objet des plaintes. Ce qui importe à la Commission, c'est d'assurer l'équité et l'ouverture du système de passation de marchés pour que les fournisseurs y soient sur un pied d'égalité.

J'aimerais signaler les efforts faits par le gouvernement, et particulièrement par l'honorable Paul Dick, ministre des Approvisionnements et des Services, pour rendre plus ouvert le système de passation de marchés. On peut affirmer qu'on a un système de passation de marchés ouvert, transparent et équitable, mais c'est une tout autre affaire que de le prouver en apportant les modifications qui s'imposent et en créant une procédure officielle de contestation des offres auprès d'un organisme indépendant pour que les fournisseurs ne soient pas obligés de consacrer le temps et l'argent nécessaires pour interjeter appel auprès de la Cour fédérale du Canada. Je rappellerais, à ce chapitre, les propos suivants du Ministre, qui font partie du discours qu'il a prononcé devant l'Association des industries aérospatiales du Canada le 17 septembre 1990: "J'aimerais que la CRMPC (ou un mécanisme d'appel du même genre) s'occupe de tous les marchés adjugés par mon ministère, le MAS, et peut-être aussi de tous les autres marchés publics fédéraux."

De plus, j'aimerais reconnaître le soutien du concept de la procédure officielle de contestation des offres et du travail de la Commission par un certain nombre de particuliers, d'entreprises et d'associations d'affaires, et particulièrement l'Association canadienne de la technologie informatique, l'Association des industries aérospatiales du Canada et l'Association des manufacturiers canadiens. En ces temps où l'accent est mis sur le service au public, cela constitue une mesure de rendement vraiment importante pour la Commission.

Certaines craintes ont été exprimées au sujet du fonctionnement actuel de la Commission. La première porte sur le fait que la Commission ne restreint pas son enquête à la plainte qu'elle reçoit, mais traite du marché entier. Sur le plan juridique, cela signifie que la Commission n'est pas tenue de ne traiter que des demandes qui lui sont présentées.

Cela est vrai. L'enquête menée par la Commission est régie par l'article 17 de la Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange, qui stipule ce qui suit:

"Dans l'examen de la plainte, la Commission tient compte des exigences . . . et détermine si elles ont été respectées lors de l'*adjudication objet de la plainte*."

De plus, l'article 19 de cette loi autorise des mesures correctives dans les cas où la Commission:

"19 (1) . . .décide que l'*adjudication d'un contrat. . . n'a pas été effectuée conformément aux exigences prévues à l'article 17. . .*"

Il est donc clair que le Parlement entendait que la Commission mène son enquête sur le marché faisant l'objet de la plainte plutôt que de la restreindre à la plainte elle-même. Du

point de vue de l'équité, cela est important parce qu'il se peut que le plaignant ne soit pas conscient de tous les problèmes que peut poser l'adjudication du marché au moment où il dépose sa plainte. Par ailleurs, il se peut que le ministère acheteur ne connaisse pas nécessairement certains faits relatifs au ministère qui utilise ou utilisera les biens faisant l'objet du marché. L'examen détaillé des décisions de la Commission a révélé que toutes ses décisions avaient été fondées sur les plaintes mêmes, bien que la Commission ait présenté des observations ou des recommandations sur des questions connexes dans certains cas.

Il s'ensuit que l'on craint que la latitude dont dispose la Commission à l'égard de l'acceptation des contestations d'offre n'encourage la présentation d'un grand nombre de plaintes frivoles ''au cas où'' la Commission leur trouve un fondement même si le plaignant ne peut pas en établir un. Je crois que le Règlement sur la Commission de révision des marchés publics prévoit des protections suffisantes contre de tels abus:

1. Le Règlement permet d'éliminer les plaintes frivoles, particulièrement en vertu de l'alinéa 28 (1) d), selon lequel une plainte n'est acceptée pour fin d'enquête que si: ''la plainte n'est ni frivole, ni faite de mauvaise foi''.
2. La Commission peut, en vertu de l'alinéa 32 (1) a) du Règlement, rejeter la plainte si celle-ci ''à première vue, ne s'appuie sur aucun fondement valable''.

La deuxième crainte porte sur le fait que la Commission n'a pas encore tenu d'audience ou de conférence officielle et s'est fiée aux rapports d'enquête rédigés par son personnel, qui comprennent les pleines réponses du gouvernement aux allégations et les observations du plaignant sur cette réponse, en tant que base factuelle de ses décisions. La Commission n'a pas tenu d'audience parce que j'ai jugé dans tous les cas sur lesquels la Commission a statué, sauf un, que la partie contre laquelle la décision serait rendue connaissait tous les faits que comprenait le rapport d'enquête et que la preuve écrite suffisait à la prise d'une décision sans que les parties aient à consacrer le temps et l'argent nécessaires à la tenue d'une audience publique. Dans le cas faisant exception à la règle, j'ai jugé que l'une des parties pouvait ignorer certains renseignements que comprenait le rapport d'enquête et dont la décision pouvait dépendre. C'est pourquoi la Commission a ordonné que des copies de ce rapport soient transmises au ministère des Approvisionnements et Services et au plaignant pour commentaire. Une fois les observations reçues,

j'ai jugé qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre l'enquête, notamment en tenant une audience. Puisque, d'ailleurs, aucune partie ne demandait une audience, la Commission a pris sa décision. S'il arrive que la preuve qui lui est présentée est mise en doute, la Commission tiendra une audience publique. Je tiens à voir à ce que les deux parties soient d'avis que l'enquête a été menée de façon ouverte, équitable, exhaustive et transparente. La Commission accueillera toute observation ou proposition lui permettant d'améliorer sa procédure d'enquête ou de la rendre plus équitable.

La Commission a beaucoup de latitude pour ce qui est des moyens d'assurer l'équité et la convivialité prévues au paragraphe 20 (1) du Règlement, selon lequel elle doit voir à ce que ''Les affaires dont est saisie la Commission sont traitées de façon aussi informelle et expéditive que les circonstances et le souci d'équité le permettent''. Bien entendu, le contrôle de l'équité de la Commission est assuré par le droit d'appel qui est prévu aux articles 18 et 28 de la Loi sur la Cour fédérale.

Dans mon dernier rapport, j'ai indiqué que la Commission s'occuperait activement de donner des conseils techniques au gouvernement au sujet des contestations d'offre dans l'optique de modifications pouvant être apportées au Code du GATT, à l'Accord intergouvernemental relatif aux marchés publics, et de l'élargissement global du mandat de la Commission. Cette tâche a été accomplie, mais il appartient à d'autres de présenter des rapports sur les progrès réalisés, le cas échéant.

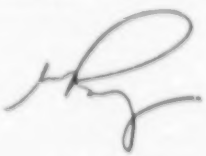
L'année qui vient de s'écouler n'en a pas moins prouvé que les critères généraux que comprend l'Accord de libre-échange et sur lesquels la Commission fonde son évaluation de l'équité des marchés publics sont fondamentalement judicieux et seraient applicables à toute question qui pourrait être ajoutée à la compétence de la Commission.

Pendant sa première année, la Commission a reçu sept plaintes, seules quatre desquelles pouvaient être jugées relever de son mandat législatif. Pendant sa deuxième année, la Commission a reçu trois fois plus de plaintes.

soit 21, et a pu en accepter 12 mais a dû rejeter les autres parce qu'elles ne relevaient pas de sa compétence. Le nombre des plaintes traitées est encore faible, bien qu'il ne témoigne pas des cas où l'exploration des plaintes possibles entre les fournisseurs et le personnel de la Commission n'a pas donné lieu à des plaintes officielles. De plus, je tiens à signaler que la Commission n'a reçu qu'une plainte directement d'une entreprise des États-Unis, mais qu'une autre entreprise de ce pays a déposé une contestation par l'entremise de son bureau canadien. Les chiffres peuvent être à la fois positifs et négatifs. Leur aspect positif est que les contestations d'offre ne portent toujours que sur la moitié d'un pour cent des marchés adjugés dans le cadre de l'ALÉ. Leur aspect négatif est que les chiffres peuvent signifier que certains éléments du secteur privé ne connaissent pas la Commission ou hésitent encore à se prévaloir des recours qu'offre la Commission.

J'espère sincèrement que l'évolution que subit la contestation des offres prouvera au secteur privé que, comme le disait un ancien ministre des Approvisionnements et Services, ''c'est un droit, et non un privilège, que de vendre au gouvernement fédéral''.

Le travail qui est résumé dans le présent rapport témoigne du professionnalisme et du dévouement manifestés par le personnel de la Commission au cours de sa collaboration avec le secteur privé et le gouvernement à l'appui du processus décisionnel de la Commission. Les membres du personnel, qui sont des personnes de formation et d'expérience diverses, accomplissent un travail d'équipe impeccable, comme les éléments d'un grand orchestre. Je les remercie tous pour leur effort et leur aide.



Le président,
G.A. Berger

Revue de l'année – Résumé des plaintes

1. Issue des plaintes

Tableau 1 – Données sur le traitement

a) Affaires en cours au début de l'année	2
b) Plaintes reçues pendant l'année	21
c) Plaintes tranchées pendant l'année	18
d) Affaires en cours à la fin de l'année	5

Toutes les plaintes portées à la Commission sont considérées comme des affaires en instance jusqu'à ce que la Commission les ait tranchées. Les plaintes peuvent être tranchées pour différentes raisons à tout moment ultérieur à leur réception par la Commission. Les plaintes tranchées se répartissent entre deux catégories. La première comprend les plaintes tranchées par la Commission sans décision écrite (en général, il s'agit de celles qui présentent un vice procédural, administratif ou juridictionnel qui oblige la Commission à les juger irrecevables). La deuxième catégorie englobe les plaintes qui sont jugées recevables et qui font l'objet d'une enquête et d'une décision écrite de la Commission. Le tableau 2 indique la répartition des 18 plaintes tranchées par la Commission pendant l'année, selon leur issue. Un résumé de chacune des plaintes figure immédiatement après ce tableau.

Tableau 2 – Résumé des plaintes

Catégorie 1: Plaintes tranchées sans décision écrite de la Commission	
a) plaintes retirées par le plaignant pendant le dépôt	2
b) plainte jugée irrecevable parce qu'elle a été déposée en retard	1
c) plaintes jugées irrecevables parce qu'elles portaient sur des marchés ne relevant pas de la compétence de la Commission	6

Catégorie 2: Plaintes tranchées par décision écrite de la Commission	
d) plainte rejetée parce qu'elle n'avait pas de fondement valable	1
e) plaintes auxquelles la Commission a fait droit	8

2. Plaintes tranchées sans décision écrite de la Commission

Plaintes abandonnées

Deux des plaintes reçues étaient appuyées sur des renseignements insuffisants pour remplir les conditions de dépôt prévues au paragraphe 21 (1) du Règlement. Les plaignants ont été informés des lacunes mais, pour des raisons que la Commission ignore, les deux plaintes ont été abandonnées par les plaignants.

Plaintes déposées en retard

La Commission a reçu une plainte concernant l'achat de batteries d'aéronef environ 37 jours après la parution de l'avis d'adjudication du marché dans la revue intitulée ''Marchés Publics''. Le dépôt de la plainte survenait ainsi longtemps après la fin du délai de dix jours prévu à l'article 23 du Règlement. Puisqu'aucun motif valable justifiant le non-respect du délai ne lui a été indiqué, la Commission a jugé la plainte irrecevable.

Plaintes ne relevant pas de la compétence de la Commission

Quatre des six plaintes jugées irrecevables par la Commission parce qu'elles ne relevaient pas de sa compétence avaient trait à des marchés dont les valeurs estimatives dépassaient la limite de 210 000 $ prévue à l'article 15 de la Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange. L'une des autres plaintes portait sur un marché de services (de conversion de données), et la dernière ayant trait à des biens qui ne figurent pas dans la liste des produits admissibles achetés par le ministère de la Défense nationale auxquels s'applique l'Accord de libre-échange. Puisqu'elles n'étaient pas de son ressort, la Commission a dû juger ces plaintes irrecevables et renvoyer les plaignants à l'institution fédérale chargée des marchés publics.

3. Plaintes tranchées par décision écrite de la Commission

Plainte rejetée

Une plainte a été déposée par l'entreprise Blowey-Henry (Wholesale) Limited, d'Edmonton (Alberta), (E90PRF6638-021-0002), au sujet de la fourniture, *au besoin*, de meubles ménagers à Emploi et Immigration Canada dans le cadre de son programme d'aide aux réfugiés. Les appels d'offres antérieurs avaient été lancés par Approvisionnements et Services Canada (ASC) à des fournisseurs inscrits à une liste de fournisseurs régionaux enregistrés auprès du ministère, mais l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis discontinue le recours à pareille liste aux fins des marchés publics qui lui sont assujettis. On lance plutôt un appel d'offres public en publiant un *avis de projet de marché* dans la revue intitulée "Marchés Publics" qui est distribuée quotidiennement par ASC aux abonnés. Le plaignant a soutenu qu'ASC ne l'avait pas avisé de son changement de procédure et, par conséquent, ne lui avait pas donné une occasion équitable de soumissionner à l'égard du marché. La Commission a décidé que la plainte n'était pas fondée puisque des soumissions avaient été demandées conformément à l'ALÉ. Il y a lieu d'ajouter qu'Approvisionnements et Services Canada avait fait un effort de communication, par différents médias et moyens, pour informer tous les fournisseurs au sujet de la nouvelle procédure notamment en transmettant directement à tous les fournisseurs enregistrés l'information pertinente. Voilà pourquoi la Commission a rejeté la plainte.

Plaintes auxquelles la Commission a fait droit

La Commission a fait droit aux plaintes suivantes et a ordonné le paiement de certains frais et présenté des recommandations tel qu'indiquées. Les résumés comprennent une indication de l'avancement de la mise en oeuvre des recommandations de la Commission sur chaque plainte, à l'égard de laquelle la procédure est prescrite à l'article 20 de la Loi de mise en oeuvre de l'ALÉ. Les plaintes sont réparties entre les grandes catégories d'objets:

Devis technique — "Pas de substitut"

Une plainte a été déposée par H.J. Reis International Ltd., de Carp (Ontario), (D90PRF6601-021-0001), au sujet d'un marché adjugé par ASC en vue de la location d'un tracteur devant être utilisé par le ministère de l'Agriculture. Dans ce cas, on a demandé des soumissions en publiant un avis de projet de marché à l'égard d'un tracteur décrit à l'aide d'un numéro de modèle attribué par un fabricant précis, sans ajouter les mots "*ou l'équivalent*". À la date limite de la présentation des soumissions, deux offres avaient été reçues, dans l'une desquelles le plaignant offrait un tracteur à un prix plus bas que celui du modèle précisé. ASC a décidé de ne pas poursuivre la passation du marché et de publier, pour répondre au même besoin, un nouvel appel d'offres qui comprenait, outre l'indication du modèle précis, les mots "*pas de substitut*". On n'a nullement indiqué que ce deuxième appel d'offres annulait ou remplaçait le premier, et l'on n'a pas publié l'avis de projet de marché qui est prescrit. Le plaignant a soutenu que, puisque sa soumission présentée en réponse au premier appel d'offres portait sur un article d'équipement remplissant les conditions du marché proposé, les soumissions reçues devaient être maintenues et le marché devait être adjugé au soumissionnaire s'étant engagé à l'exécuter au prix le plus bas. Puisqu'aucun marché n'avait été adjugé au moment du dépôt de la plainte et qu'ASC n'a pas exprimé d'objection lorsqu'on l'a consulté, la Commission a délivré un ordre de suspension d'adjudication.

Décision:

La Commission a donné raison au plaignant. Elle a conclu qu'on avait employé une marque de commerce dans le devis technique sans ajouter les mots "*ou l'équivalent*" et que le nouvel appel d'offres présentait pour lacune, entre autres, d'avoir été lancé sans que soit publié l'avis nécessaire. La Commission n'a pas ordonné le remboursement des frais d'établissement de soumission engagés par le plaignant ou recommandé que le marché lui soit adjugé, comme il le demandait, puisqu'il était impossible, vu les circonstances, de déterminer si la soumission du plaignant aurait été admissible ou aurait répondu au besoin au prix le plus bas. La Commission a fait droit à la plainte et ordonné le remboursement au plaignant des frais raisonnables associés au dépôt et à la poursuite de la plainte.

Recommandations:

Qu'un nouvel appel d'offres soit lancé à l'égard du marché si l'on a encore besoin de l'équipement et qu'Approvisionnements et Services Canada modifie sa directive 2005 sur les commandes du type "aucun succédané" ou "fournisseur exclusif" pour qu'elle cadre pleinement avec les obligations qu'a le Canada en vertu de l'Accord du GATT relatif aux marchés publics et de l'ALÉ.

Mise en oeuvre:

Le plaignant a reçu un paiement portant sur les frais associés au dépôt et à la poursuite de la plainte. De plus, ASC a modifié sa directive 2005 de manière à l'éclaircir dans l'optique des obligations relatives au GATT et à l'ALÉ, et lancé un nouvel appel d'offres conforme au GATT et à l'ALÉ.

Évaluation de soumissions

Une plainte a été déposée par Bio-Temp Scientific Inc., de Sarasota (Floride), (E90PRF66W9-021-0003), au sujet de l'adjudication d'un marché par ASC à l'égard d'une chambre à réglage de température, de pression et d'humidité qui était destinée au ministère de la Défense nationale. Le plaignant a soutenu que les soumissions avaient été évaluées de façon inéquitable et que cela avait donné lieu à l'adjudication du marché à un fournisseur prévoyant répondre aux besoins à un prix supérieur à celui qu'avait indiqué le plaignant.

Décision:

La Commission a donné raison au plaignant. Elle a conclu que le gouvernement n'avait pas donné à tous les fournisseurs potentiels, pendant la phase précédant la publication de l'avis, une occasion égale d'avoir accès à l'information préalable à l'appel d'offres et, par conséquent, une égale possibilité de participer à la concurrence. Qui plus est, l'organisme acheteur n'avait pas donné à tous les soumissionnaires potentiels une égale occasion de soumissionner à l'égard du besoin puisqu'elle avait évalué les soumissions selon des facteurs qui n'avaient pas été clairement indiqués d'avance et qu'elle n'avait pas appliqué ceux-ci uniformément. De plus, la Commission a conclu que la soumission à bas prix présentée par le plaignant avait été mise en veilleuse et que, du simple point de vue du gouvernement, le plaignant avait été privé de son droit au marché. La Commission a ordonné le remboursement au plaignant des frais qu'il avait engagés pour déposer et poursuivre la plainte ainsi que pour préparer sa soumission.

Recommandations:

Que le contrat passé avec un autre soumissionnaire soit résilié, que le marché soit adjugé au plaignant et que soit défalqué du montant du marché, les frais de préparation de soumission et au besoin la valeur négociée de tout acompte qui pourrait être inclu dans le nouveau marché avec ce dernier. Si cela se révèle trop peu pratique, ASC devrait présenter à la Commission une proposition de dédommagement, établie de concert avec le plaignant, que la Commission pourrait recommander en tant que solution équitable et raisonnable, compte tenu des circonstances. De plus, les documents d'appel d'offres devraient comprendre des renseignements clairs et transparents au sujet des intentions qu'a le gouvernement quant aux droits de douane et à la taxe fédérale de vente ainsi que de l'application de ces facteurs de coût au cours de l'évaluation des soumissions.

Mise en oeuvre:

Le plaignant a reçu un remboursement de ses frais de dépôt et de poursuite de la plainte et de ses frais de préparation de la soumission. ASC a accepté la solution de rechange recommandée aux fins du dédommagement. ASC a établi avec le plaignant une proposition de dédommagement que la Commission a approuvée et à laquelle le gouvernement a donné entièrement suite. Quant à la question des droits de douane et de la taxe fédérale de vente, ASC a engagé une révision de sa politique qui est destinée à éclaircir ses règles et pratiques à cet égard.

Une plainte a été déposée par Cardinal Industrial Electronics Ltd., d'Edmonton (Alberta), (D89PRF6608-021-0005), dans laquelle cette entreprise soutenait qu'elle avait présenté la soumission répondant au plus bas prix à un appel d'offres compétitives lancé par ASC à l'égard de dispositifs d'alimentation ininterruptible en énergie et que le marché aurait dû lui être adjugé mais qu'il l'avait été à un soumissionnaire répondant au besoin à un prix plus élevé, selon des critères d'évaluation qui n'avaient pas été indiqués dans les documents d'appel d'offres. Outre son sujet, la plainte posait un important problème de compétence dont il est question dans une autre partie du présent rapport.

Décision:

La Commission a donné raison au plaignant. Elle a conclu que le produit offert par le plaignant répondait aux exigences techniques et opérationnelles essentielles décrites dans l'appel d'offres. Puisque sa soumission était, par ailleurs, celle qui prévoyait le prix le plus bas, le plaignant était le soumissionnaire répondant au besoin au plus bas prix. En recourant à des facteurs d'évaluation technique qui n'étaient pas tous indiqués clairement d'avance dans l'appel d'offres, le gouvernement avait privé le plaignant d'un marché qui aurait dû lui être adjugé. La Commission a ordonné le remboursement au plaignant des frais qu'il avait engagé pour déposer et poursuivre sa plainte et pour établir sa soumission.

Recommandations:

Puisque le marché avait été pleinement exécuté (l'équipement avait été livré, payé et mis en service), la Commission n'a pas pu recommander des mesures permettant d'annuler ce qui s'était produit. C'est pourquoi la Commission a recommandé l'octroi au plaignant d'un dédommagement fondé sur les profits qu'il aurait réalisés, le cas échéant, si le marché lui avait été adjugé au prix unitaire prévu dans sa soumission, une fois soustraits les frais de préparation de celle-ci dont le remboursement lui avait déjà été accordé.

Mise en oeuvre:

Le plaignant a reçu un remboursement de ses frais de dépôt de plainte et de préparation de soumission ainsi qu'un montant de dédommagement correspondant aux profits qu'il aurait réalisés si le marché lui avait été adjugé.

Une plainte a été déposée par Cardinal Industrial Electronics Ltd., d'Edmonton (Alberta), (E90PRF66W9-021-0009), au sujet d'un marché adjugé par ASC au nom du ministère de la Défense nationale à l'égard de trousses de mise à la terre des postes de travail. Le plaignant soutenait que l'évaluation technique dont avaient fait l'objet les produits qu'il offrait était erronée puisque ces produits équivalaient à ceux que décrivait l'appel d'offres et que, si l'évaluation avait été équitable, le marché lui aurait été adjugé puisque c'est son prix qui était le plus bas. Le plaignant demandait que le contrat déjà passé soit résilié et que le marché lui soit adjugé.

Décision:

La Commission a donné raison au plaignant. Elle a conclu qu'ASC avait employé une méthode d'évaluation des soumissions (fondée sur le prix le plus bas) différant de celle qui était indiquée dans l'appel d'offres (fondée sur la meilleure valeur pour la Couronne). La Commission a donné gain de cause au plaignant en se fondant sur cette question fondamentale. Toutefois, vu les circonstances, la Commission n'a pas recommandé la réparation demandée.

La Commission a jugé que, si le gouvernement avait agi conformément à l'ALÉ, il n'est pas sûr que le marché aurait été adjugé au plaignant. C'est pourquoi la Commission ne pouvait recommander ni la réparation demandée par le plaignant, ni son dédommagement. Toutefois, elle a ordonné le remboursement au plaignant des frais raisonnables de dépôt et de poursuite de la plainte et la moitié de ses frais raisonnables de préparation de soumission, puisqu'il avait été invité à participer à une procédure faussée de passation de marché compétitif dont on ne pouvait pas attendre de résultat viable, compte tenu des circonstances. Les frais d'établissement de soumission ont été divisés par deux puisque le manque de clarté de sa soumission rendait le plaignant partiellement responsable de son problème.

Mise en oeuvre:

Le plaignant a reçu un remboursement correspondant aux frais qu'il a engagés pour porter plainte et à la moitié de ses frais de préparation de soumission.

Une plainte a été déposée par Earl C. McDermid Limited, de Downsview (Ontario), (E90PRF6608-021-0012), au sujet d'un marché passé par Approvisionnements et Services Canada à l'égard de trois types de papier destinés à des télécopieurs de différents modèles produits par un fabricant particulier. Il devait découler du marché une offre permanente selon laquelle le soumissionnaire retenu devait fournir le papier à certaines conditions convenues, y compris le prix, par suite de commandes qui lui seraient passées directement, de temps à autre, par l'utilisateur, soit le ministère des Affaires extérieures. Le plaignant a soutenu que sa soumission prévoyait

un prix inférieur à celui de la soumission retenue mais que l'évaluation n'en avait pas témoigné parce qu'elle était faussée pour des raisons ayant trait aux droits de douane et à la taxe fédérale de vente. Le plaignant a demandé qu'on annule l'adjudication et qu'on lance un nouvel appel d'offres ou qu'on lui adjuge le marché. La cause a soulevé deux points ayant trait à la compétence de la Commission dont il est question dans une autre partie du présent rapport.

Décision:

La Commission a donné raison au plaignant. Elle a conclu qu'Approvisionnements et Services Canada n'avait pas utilisé, au cours de l'évaluation des soumissions et de l'attribution de l'offre permanente, des critères de décision clairement indiqués d'avance. La Commission a ordonné le remboursement au plaignant de ses frais raisonnables de dépôt et de poursuite de la plainte et, puisqu'il semble que, n'eut été de l'action du gouvernement, le plaignant aurait peut-être été le soumissionnaire au plus bas prix, des frais de préparation de sa soumission.

Recommandations:

Qu'Approvisionnements et Services Canada annule l'offre permanente attribuée à l'adjudicataire et demande de nouvelles soumissions à évaluer selon des critères clairement définis d'avance à tous les fournisseurs potentiels conformément aux exigences de l'ALÉ.

Mise en oeuvre:

Le ministère des Affaires extérieures est en train de lancer un nouvel appel d'offres. L'offre permanente existante sera annulée par ASC dès qu'une nouvelle offre permanente aura été attribuée. Le plaignant a signifié à la Commission son intention de ne pas réclamer les frais de présentation de la plainte que la Commission a adjugés.

Une plainte a été déposée par Earl C. McDermid Limited, de Downsview (Ontario), (E90PRF6635-021-0013), au sujet d'un marché adjugé par ASC à l'égard de la fourniture de papier pour télécopieur en rouleaux de 8 1/2 pouces de largeur et de 328 pieds de longueur. Il devait s'ensuivre une offre permanente répondant aux besoins de l'utilisateur, soit le Bureau du Conseil privé. Le papier a été décrit par renvoi à un numéro utilisé par le fabricant d'équipement ou des produits équivalents. Le plaignant a soutenu 1) que le fournisseur retenu avait soumissionné à l'égard de produits non admissibles selon l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis et 2) qu'on aurait dû imposer au prix de ces produits inadmissibles, aux fins de l'évaluation, le facteur de 10 % prévu par la politique d'ASC. Il concluait que le marché avait été indûment évalué.

Décision:

La Commission a donné raison au plaignant. Elle a constaté que le marché était erroné puisque a) ASC n'a pas utilisé, au

cours de l'évaluation des soumissions, des critères de décision indiqués clairement d'avance et b) le manque d'uniformité de l'application des critères d'évaluation à toutes les soumissions reçues n'a pas donné à tous les fournisseurs une égale occasion de répondre aux besoins de l'organisme acheteur. Qui plus est, la Commission a signalé qu'il semblait y avoir une grande confusion au sujet de termes tels que ''produits admissibles'', ''teneur étrangère'', ''produits d'origine domestique'', etc., et qu'ASC n'avait pas clairement indiqué aux fournisseurs potentiels, dans ses avis officiels, la façon dont de tels facteurs entreraient en jeu dans l'évaluation des soumissions.

Nonobstant ce qui précède, la Commission a été d'avis qu'aucun des facteurs en question n'a joué un rôle déterminant dans l'adjudication. Pour ce qui est de la première partie de la plainte, les marchés sur des produits inadmissibles ne sont pas interdits par l'ALÉ. La Commission a ensuite dû traiter de la question clé du traitement de ces produits aux fins de l'évaluation des soumissions. Après avoir ré-évalué les soumissions selon des critères de décisions appliqués uniformément à toutes les soumissions, la Commission a conclu que le classement des soumissions serait demeuré inchangé si l'on avait procédé ainsi initialement et que, par conséquent, la soumission retenue initialement serait demeurée celle qui répondait au besoin au plus bas prix. Toutefois, l'affaire ne s'était pas terminée à l'adjudication du marché. Il s'était révélé par la suite que l'adjudicataire s'était trompé dans sa soumission et ne constituait plus le fournisseur répondant au besoin au plus bas prix. Cependant, la soumission du plaignant n'étant pas la suivante dans le classement, il n'était pas clair qu'il aurait eu droit au marché s'il avait été possible d'utiliser les résultats de l'appel d'offres initial pour choisir le soumissionnaire s'étant classé au deuxième rang. Il s'ensuit que la Commission n'a pas ordonné qu'on rembourse au plaignant ses frais de préparation de soumission, mais elle a ordonné le remboursement des frais raisonnables qu'il avait engagés pour déposer et poursuivre sa plainte.

Recommandations:

Que l'offre permanente soit accordée au soumissionnaire suivant répondant au besoin qui était disposé à respecter le prix qu'il avait indiqué dans sa soumission. On devrait poursuivre ainsi la sélection, au besoin, tant que le prix sera jugé équitable pour le gouvernement. Si cela n'était pas possible, on devrait lancer un nouvel appel d'offres. De plus, Approvisionnements et Services Canada devrait réviser, éclaircir et rectifier, au besoin, sa directive interne 3005 et ses documents d'appel d'offres, particulièrement sous le rapport des produits admissibles, de la teneur étrangère et de la procédure d'évaluation des

soumissions, et, en dernier lieu, devrait réviser sa procédure publiée afin que ces aspects soient clairs pour tous les fournisseurs et que la transparence du processus de passation de marchés publics soit améliorée.

Mise en oeuvre:

Le plaignant a décidé de ne pas demander les frais dont la Commission avait ordonné le remboursement. Le Bureau du Conseil privé a indiqué à ASC qu'il entendait continuer d'utiliser l'offre permanente principale et nationale pour satisfaire à ses besoins courants mais qu'il avait demandé une nouvelle offre permanente. Celle-ci sera accordée conformément aux règles en vigueur. De plus, ASC est en train de réviser la formule sur les produits admissibles, qui porte sur les déclarations des fournisseurs au sujet de l'origine et de la teneur des produits qu'ils proposent. En dernier lieu, la procédure relative à l'évaluation des produits inadmissibles a été publiée dans l'édition du 25 janvier 1991 de la revue intitulée ''Marchés Publics''.

Une plainte a été déposée par Repco Data Inc., de Pointe-Claire (Québec), (E90PRF66M9-021-0014), au sujet d'un appel d'offres lancé en vue d'accorder une offre permanente aux fins de la fourniture de sacs de copeaux de résineux à la Gendarmerie royale du Canada au cours d'une période de huit mois. Par suite de l'appel d'offres, on n'a reçu qu'une soumission, soit celle du plaignant, prévoyant un prix que la GRC jugeait excessif par rapport à celui qu'elle avait payé dernièrement. ASC a lancé un nouvel appel d'offres, uniquement à deux fournisseurs potentiels choisis: le plaignant et le fournisseur précédent. Le plaignant s'est opposé au deuxième appel d'offres parce qu'il n'était pas conforme aux règles et au code de pratiques et qu'il était inéquitable qu'ASC communique à la GRC le prix indiqué dans sa soumission puisque cela pouvait permettre à l'autre fournisseur potentiel d'en prendre connaissance, nuisant ainsi à sa participation à la deuxième présentation de soumissions. Par suite du deuxième appel d'offres, le plaignant est demeuré le seul soumissionnaire et son estimation est demeurée inchangée. La GRC a refusé de permettre à ASC de donner suite aux résultats de l'appel d'offres et a indiqué à ASC que tant que, la question n'aurait pas été tranchée, elle entendait acheter de petites quantités du produit pour répondre à ses besoins à mesure qu'ils se faisaient sentir grâce à des bons d'achat local (qui ne nécessitent pas la passation de marchés par ASC). La GRC avait l'intention d'acheter de petites quantités du produit à un prix plus attrayant du fournisseur précédent qu'elle avait demandé à ASC d'inviter à participer à la

deuxième présentation de soumissions mais qui n'avait présenté de soumission par suite ni du premier, ni du deuxième appel d'offres. Puisque la plainte avait été déposée avant l'adjudication d'un marché, la Commission a pu ordonner un arrêt d'adjudication.

Décision:

La Commission a donné raison au plaignant. Elle a conclu que: a) ASC n'avait pas employé, aux fins de l'évaluation des soumissions présentées par suite du premier appel d'offres, les critères de décision répondant le mieux aux exigences prévues dans les documents d'appel d'offres puisqu'on avait rejeté l'unique soumission avant d'avoir déterminé, conformément au Code du GATT et aux directives d'ASC, si elle assurait une valeur équitable, et b) ASC n'avait pas donné à tous les fournisseurs potentiels une égale occasion de répondre aux besoins de l'organisme acheteur dans le cadre du deuxième appel d'offres et n'avait pas publié l'avis de projet de marché qui est prescrit. La Commission a adjugé au plaignant tous les frais raisonnables qu'il avait engagés pour déposer et poursuivre sa plainte. Puisqu'il n'était pas sûr que le plaignant aurait droit à l'offre permanente, la Commission n'a pas ordonné le remboursement de ses frais de préparation de soumission.

Recommandations:

Qu'Approvisionnements et Services Canada entreprenne des négociations avec le plaignant afin de déterminer ce qui constitue une valeur équitable des produits exigés dans l'appel d'offres initial et poursuive la passation du marché conformément à la procédure établie, à la lumière des résultats obtenus.

Mise en oeuvre:

Suite à des négociations entre ASC et le plaignant, un accord a été conclu et une offre permanente émise à la plaignante pour ce besoin. De plus, ASC a remboursé au plaignant les frais associés à sa plainte.

4. Recommandations de 1989

Dans cette catégorie figure également **la plainte** déposée par LANsPLUS Inc., d'Ottawa (Ontario), (D89PRF6608-21-0006), qui est résumée dans le rapport annuel de 1989 de la Commission. Cette plainte avait trait à un marché d'exclusivité passé par ASC pour la fourniture de matériel informatique à Affaires extérieures Canada. La Commission avait jugé qu'on avait recouru de façon erronée à la justification d'un marché d'exclusivité. Nous traitons de cette plainte dans le présent rapport pour indiquer la suite donnée aux recommandations de la Commission

puisqu'on ne la connaissait pas à la rédaction du rapport de 1989. Signalons que le plaignant a renoncé à demander les frais adjugés par la Commission.

Devis technique – Marché d'exclusivité

Recommandations:

Qu'Approvisionnements et Services Canada: 1) examine la mesure dans laquelle les agents de négociation des marchés de tous les niveaux comprennent leurs responsabilités relatives à l'examen et à l'acceptation de la justification des marchés d'exclusivité, 2) révise ses politiques et procédures de publication d'avis de marché d'exclusivité afin de faire augmenter la transparence du processus de passation de marchés publics et d'assurer l'efficacité du système de contestation des offres.

Mise en oeuvre:

ASC a indiqué à la Commission qu'on était en train de mettre en oeuvre la recommandation 1 en intégrant un module approprié à tous les cours qui seront donnés pendant l'automne et l'hiver de 1990-1991 et par la suite. Quant à la recommandation 2, ASC a indiqué avoir étudié la faisabilité de la publication d'avis de marché d'exclusivité avant l'adjudication des marchés. Bien que les résultats initiaux de l'étude aient révélé que la publication d'avis préalables pourrait faire augmenter considérablement la charge de travail, on est en train de réaliser une étude supplémentaire pour déterminer les moyens et les délais de mise en oeuvre de la recommandation.

5. Affaires en cours à la fin de l'année

Deux plaintes (Environmental Growth Chambers, Ltd., D90PRF6631-021-0017, et Enconaire (1984) Inc., D90PRF6631-021-0018) ont été reçues au sujet d'un marché de fourniture de deux chambres de croissance et d'une pièce de culture à l'Institut de biotechnologie des plantes du Conseil national de recherches à Saskatoon (Saskatchewan). Les plaignants soutiennent qu'un appel d'offres compétitif a été indûment annulé et remplacé par un appel d'offre unique. Deux plaintes (Enconaire (1984) Inc., E90PRF6601-021-0020, et Environmental Growth Chambers, Ltd., E90PRF6601-021-0021) ont été reçues au sujet d'un marché d'exclusivité pour la fourniture de quatre chambres de croissance à Agriculture Canada. Une plainte (Enconaire (1984) Ltd.,

E90PRF664Y-021-0019) a été reçue au sujet d'un marché d'exclusivité pour la fourniture d'une chambre de croissance et d'un incubateur à Forêts Canada. Les plaignants soutiennent qu'ils ont été traités de façon inéquitable parce qu'on ne leur a pas donné l'occasion de participer à la concurrence. Les enquêtes menées sur ces plaintes étaient en cours à la fin de l'année. Des décisions ont été rendues les 14 et 28 janvier et le 15 février 1991 sur toutes ces plaintes. La Commission a donné raison aux plaignants dans tous les cas dont il sera fait état dans son rapport de 1991.

6. Questions de compétence

Pendant sa deuxième année d'existence, la Commission a relevé (comme il est normal qu'en relève toute organisation chargée de mettre en oeuvre des textes réglementaires nouveaux n'ayant pas encore été mis à l'essai) plusieurs problèmes importants ayant trait à l'interprétation de la Partie II de la Loi de mise en oeuvre de l'ALÉ et d'instruments connexes. Dans tous les cas, les problèmes mettaient en doute la compétence de la Commission dans certaines circonstances. Vu l'importance de leur règlement pour l'exercice futur du mandat de la Commission, un résumé de ces problèmes est présenté dans le présent rapport.

Valeur-seuil

La plainte portant le numéro D89PRF6608-021-0005 a posé un problème relatif à la compétence de la Commission. L'organisme acheteur, soit ASC, avait reçu une demande du ministère des Affaires extérieures en vue de la fourniture de produits dont la valeur estimative indiquée dans cette demande s'inscrivait dans la marge de valeurs prescrite par l'ALÉ. Il s'ensuivit qu'ASC a publié l'avis de projet de marché qui était exigé, ce qui a donné lieu à la présentation de plusieurs soumissions portant sur des valeurs d'un peu moins que 14 000 $ à plus de 44 000 $. Une fois avisé de la plainte (qui est résumée dans une partie antérieure de ce rapport), ASC a exprimé l'avis que, puisque le marché adjugé avait une valeur de 16 544 $, soit une valeur inférieure à la valeur-seuil prescrite dans l'ALÉ, la Commission ne devait pas étudier la plainte, même si le marché avait été annoncé de bonne foi en tant que marché assujetti à l'ALÉ d'après la valeur estimative prévue dans la demande. ASC soutenait qu'une plainte ne peut être portée à l'égard d'un marché adjugé que "si sa valeur a) d'une part, est supérieure au seuil fixé par l'article 1304 de l'Accord (31 000 $ en devises canadiennes) . . . et b) d'autre part, est inférieure au seuil du Code (213 000 $ en devises canadiennes). . .", ce dernier

montant ayant été ramené à 210 000 $ en devises canadiennes. (La citation est un extrait de l'article 15 de la Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange, Partie II, L.C. 1988, chap. 65).

Après avoir procédé à un examen approfondi de la question, la Commission a jugé que pareille interprétation de sa compétence créerait plusieurs situations anormales et absurdes qui iraient à l'encontre de la substance du système et ne tarderaient pas à le discréditer. C'est pourquoi la Commission a décidé que les critères régissant l'application future de son mandat comprendraient, entre autres, la *valeur estimative* du marché au moment où sa passation est engagée ou à la publication de l'avis de projet de marché, peu importe la valeur réelle de tout marché adjugé par la suite et peu importe si la plainte est portée avant ou après l'adjudication.

Après avoir reçu une copie de la plainte portant le numéro E90PRF6608-021-0012, ASC, qui était l'organisme acheteur, a soulevé deux questions ayant trait à la compétence de la Commission: 1) la plainte avait été déposée plus de "10 jours après la date de la découverte des motifs de la plainte ou la date à laquelle ceux-ci auraient dû vraisemblablement être découverts", délai prévu par le paragraphe 23 (1) du Règlement de la Commission, et 2) contrairement à l'alinéa 21 (1) f) de ce Règlement, la plainte n'était pas "formulée de façon concise et logique" et ne contenait pas "un exposé clair et détaillé des motifs de la plainte et des faits à l'appui".

Délai de dépôt de la plainte

Au sujet du premier point, soit du délai de dépôt de la plainte, l'enquête de la Commission a révélé que la plainte avait effectivement été déposée environ une semaine après le délai de 10 jours permis après la date où le plaignant avait pris connaissance des motifs de la plainte. Toutefois, la Commission est habilitée, en vertu du paragraphe 23 (4) du Règlement à étudier une plainte qui n'est pas déposée dans le délai prescrit "si des motifs valables justifient le non-respect du délai ou si elle juge que la plainte soulève

des points importants qui touchent le mécanisme d'adjudication''. Dans le cas qui nous intéresse, la Commission a décidé d'étudier la plainte parce qu'elle a jugé que celle-ci soulevait des points importants relatifs au système de passation de marchés. Elle en a décidé ainsi parce qu'il s'agissait de la première plainte qu'elle devait trancher qui mettait en cause une évaluation de soumissions en fonction des trois aspects suivants: la taxe de vente, les droits de douane et l'origine des produits.

Composition de la plainte

Quant au deuxième point, la Commission a jugé qu'il importait de préciser qu'elle entendait se fonder sur le principe indiqué en ces termes au paragraphe 20 (1) du Règlement: ''Les affaires dont est saisie la Commission sont traitées de façon aussi informelle et expéditive que les circonstances et le souci d'équité le permettent.'' C'est pourquoi, pour ce qui est de l'application de l'alinéa 21 (1) f) au cas précis dont il est question et de la façon dont elle entend interpréter l'exigence qu'il prévoit, la Commission a décidé que cette disposition doit être interprétée avec discernement et qu'elle entend voir à ce que son interprétation soit assez souple pour que des plaintes légitimes ne soient pas rejetées en raison de considérations excessivement techniques et assez rigoureuse pour que le système des plaintes ne soit pas encombré de plaintes incompréhensibles, négligeables, frivoles ou même vexatoires. Même si la plainte précise en question n'était pas organisée clairement et comprenait des points ne se rapportant pas au sujet et des jugements de valeur, la Commission a décidé qu'elle était suffisamment claire, particulièrement si elle était comparée aux documents qui l'accompagnaient, et qu'elle donnait une indication raisonnable selon laquelle le marché avait pu être passé sans que soient respectées les politiques, pratiques et procédures du gouvernement.

Attributions de la Commission

Établie en vertu de la Partie II de la Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange, la Commission a le pouvoir d'une cour supérieure d'archives en ce qui concerne la comparution, la prestation de serments et l'interrogatoire des témoins ainsi que la production et l'examen de pièces et l'exécution de ses ordonnances.

Tribunal administratif, la Commission est une entité indépendante qui ne s'intéresse directement aux marchés publics que pour assurer un traitement équitable aux fournisseurs désirant faire affaire avec le gouvernement du Canada.

Les fournisseurs canadiens et étatsuniens qui croient ne pas avoir été traités équitablement par des institutions fédérales canadiennes au cours du processus de soumission ou d'adjudication de marchés peuvent se plaindre par écrit à la Commission dans les délais prévus au Règlement. Celui-ci exige que les affaires dont est saisie la Commission soient ''*traitées de façon aussi informelle et expéditive que les circonstances et le souci d'équité le permettent*''.

La Commission acceptera d'entendre la plainte d'un plaignant s'il a présenté, dans les délais prescrits, tous les documents valides nécessaires. Lorsqu'elle doit déterminer si elle enquêtera sur une plainte, la Commission doit se fonder sur les facteurs suivants:

1. la valeur estimative du marché doit se situer entre 31 000 $ et 210 000 $ au moment de l'appel d'offres (valeur rajustée tous les deux ans);
2. les biens sont achetés par une des entités admissibles (qui comprennent la plupart des ministères et quelques organismes fédéraux comme la Société canadienne des postes, bien que Transports Canada, Pêches et Océans Canada et Communications Canada soient exclus tout comme les biens jugés nécessaires à la sécurité et à la défense nationales); et
3. il s'agit d'un marché de biens, c'est-à-dire que toute partie relative à des services doit être accessoire à l'acquisition des biens et correspondre à moins de 50% de la valeur totale du marché.

Lorsque la Commission décide d'entreprendre une enquête et qu'un marché n'a pas encore été adjugé, la Loi prévoit que la Commission peut ordonner à l'entité gouvernementale de retarder l'adjudication du marché à moins que celle-ci n'atteste que le marché est urgent ou qu'un retard nuirait à l'intérêt public.

La Commission doit prendre une décision dans les 90 jours civils après la réception d'une plainte complète et valide. Une autre disposition prévoit une ''*procédure expéditive*'' qui réduit de moitié les délais prescrits.

La Commission peut recommander à l'organisme acheteur de prendre certaines mesures correctives, notamment de réévaluer les soumissions ou de lancer un nouvel appel d'offres, ou de résilier le contrat et d'adjuger le marché au plaignant, ou d'indemniser celui-ci. Elle peut aussi accorder des frais raisonnables liés à la présentation de la plainte et à la préparation de l'offre. D'autre part, la Commission peut rejeter la plainte.

Dans toute décision écrite, la Commission peut présenter des recommandations à une institution gouvernementale au sujet de tout aspect de ses marchés publics.

La Loi prévoit qu'une institution fédérale doit s'efforcer de donner suite, dans la mesure du possible, aux recommandations de la Commission. Toute institution fédérale qui n'a pas l'intention de donner suite à toutes les recommandations doit justifier sa décision dans un délai de 10 jours. La Commission doit en faire état au Parlement, comme de toutes les autres affaires dont elle a été saisie pendant l'année, dans son rapport annuel. Tout refus d'accepter les recommandations de la Commission n'a aucun effet sur l'adjudication des frais.

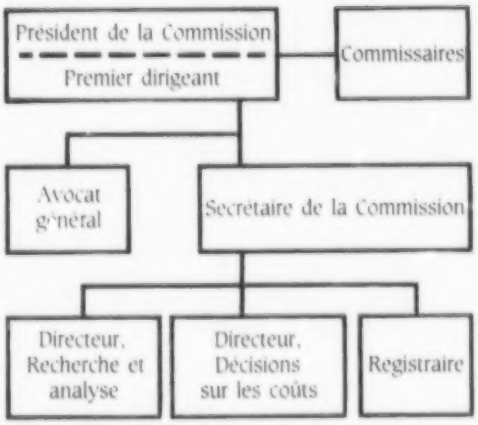
Fonctionnement de la Commission

L'organisation

La Commission peut compter un maximum de cinq commissaires, y compris le président, nommés par le gouverneur en conseil pour un mandat d'une durée maximale de cinq ans, qui est, cependant, renouvelable. Le Règlement porte qu'ils doivent connaître les marchés publics et posséder une expérience pertinente. La Commission est comptable au Parlement par l'entremise du ministre des Consommateurs et des Sociétés. Premier dirigeant de la Commission, le président est responsable des activités de celle-ci. En 1990, le président était le seul membre nommé de la Commission.

Sous la direction générale du président, le secrétaire de la Commission assure les services de soutien courants nécessaires à l'organisation, notamment en donnant des conseils, en surveillant les activités techniques d'enquête sur les plaintes, et en coordonnant les activités de communication de la Commission. De plus, le secrétaire dirige le personnel, gère le budget et surveille l'établissement du rapport annuel.

L'avocat général relève du président et donne à la Commission et à son personnel des avis juridiques sur des questions de droit, de procédure et d'interprétation.



Le directeur, Recherche et analyse, enquête sur les plaintes de fournisseurs potentiels et prépare les affaires dont la Commission sera saisie.

Le directeur, Décisions sur les coûts, présente des recommandations sur les frais et les indemnités lorsque la Commission fait droit à une plainte. Ce poste n'était pas occupé en 1990.

Le registraire se charge de toute la correspondance de la Commission et prend les dispositions nécessaires à la tenue des audiences.

Le processus

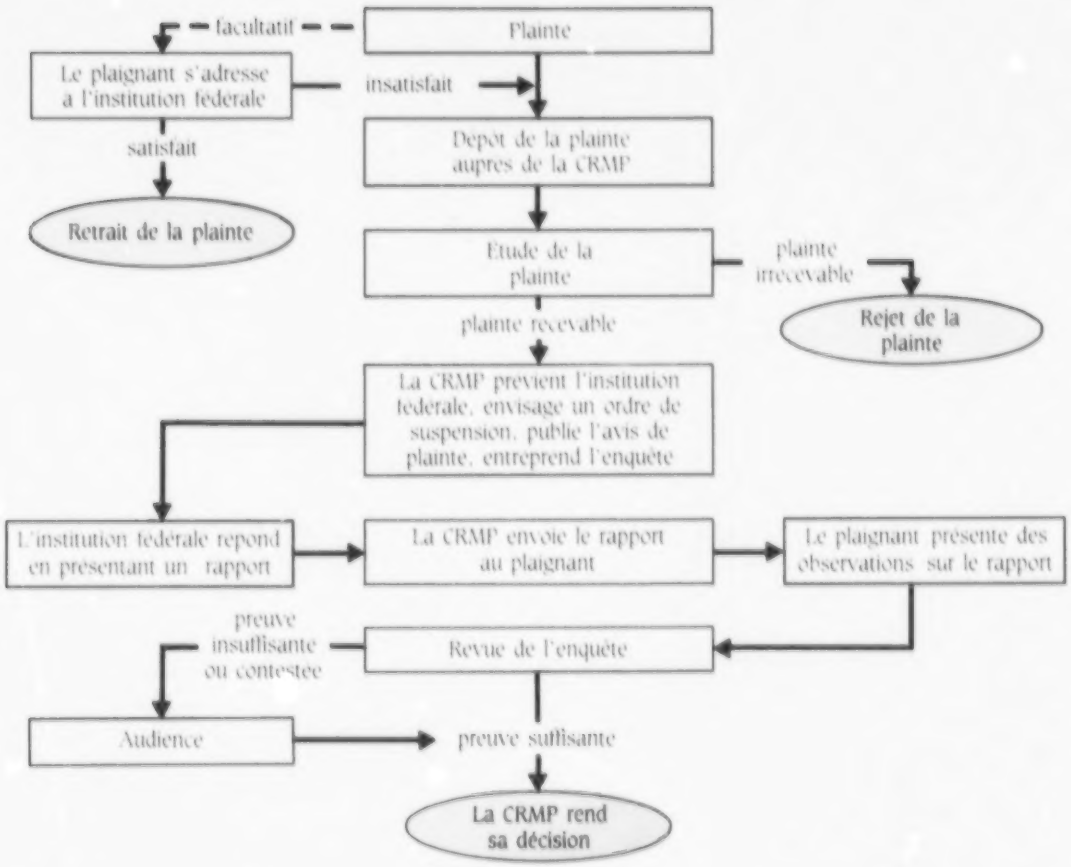
Il s'agit d'un processus engagé à la présentation d'une plainte par un fournisseur. Lorsque la plainte est fondée (voir l'organigramme ci-dessous), un fournisseur potentiel a deux options. Il peut présenter sa plainte à l'institution fédérale intéressée ou en saisir d'abord la Commission de révision des marchés publics. La Commission encourage les plaignants à essayer en premier lieu de trancher le différend avec l'institution fédérale.

Si le plaignant n'est pas satisfait de la réponse reçue de l'institution fédérale, ou qu'il décide de ne pas s'adresser à cette institution et présente sa plainte directement à la Commission, celle-ci l'étudie conformément à son Règlement. Elle l'examine d'abord en fonction des critères de dépôt et prévient le plaignant de toute lacune dans sa plainte afin de permettre à celui-ci de la combler avant l'expiration du délai prescrit. Si la plainte est admissible telle que présentée, la Commission en accuse officiellement réception auprès du plaignant et en envoie copie à l'institution fédérale.

Conformément à son Règlement, la Commission a cinq jours pour déterminer si la plainte est recevable ou irrecevable. Au cours de cette période, la Commission détermine si elle ordonnera à l'institution fédérale de retarder l'adjudication du marché jusqu'à la fin de l'enquête. (Si l'institution fédérale atteste par écrit que le marché est urgent ou qu'un retard nuirait à l'intérêt public, la Commission ne donne pas d'ordre de suspension.) La Commission examine les aspects de la plainte qui portent sur la compétence, c'est-à-dire la valeur estimative du marché et l'admissibilité du marché et du fournisseur. Si la plainte a été présentée dans les délais prescrits et qu'elle satisfait aux critères établis dans le Règlement de la Commission, l'enquête commence. Si, par contre, la plainte est jugée irrecevable (p. ex., parce que la Commission n'est pas habilitée à la trancher ou que la plainte est frivole, vexatoire ou présentée de mauvaise foi), la Commission la rejette.

Si la plainte est jugée recevable, la Commission en transmet une copie à l'entrepreneur (le cas échéant) et à tout intervenant consigné au dossier. Un avis officiel de la plainte paraît dans la Partie I de la Gazette du Canada et dans la revue intitulée ''Marchés Publics''.

Cheminement d'une plainte



Conformément au Règlement de la Commission, l'institution fédérale a 25 jours après avoir reçu sa copie de la plainte pour présenter à la Commission un rapport dans lequel il répond aux allégations. La Commission transmet une copie du rapport de l'institution fédérale au plaignant, qui dispose de sept jours pour présenter des observations. Celles-ci sont communiquées à l'institution fédérale et à tout intervenant.

L'enquête passe ensuite à l'entrevue des parties ou des particuliers qui peuvent fournir d'autres preuves et indications. À cette fin, la Commission peut aussi examiner différents dossiers et obtenir d'autres documents.

La Commission analyse ensuite les renseignements recueillis et détermine si elle a maintenant assez de preuves pour se prononcer ou si elle doit tenir une audience, par exemple, pour éclaircir ou certains éléments de preuve ou trancher une contestation de preuve. Si elle décide de tenir une audience, la Commission en informe les parties intéressées et convoque les témoins appropriés.

La Commission rend ensuite une décision qui peut comprendre des recommandations destinées à l'institution fédérale et l'adjudication de ses frais au plaignant auquel elle donne raison.

La Commission communique sa décision à l'institution fédérale, qui a 10 jours pour préciser à la Commission pourquoi elle ne donnera pas suite aux recommandations de la Commission, ou 60 jours pour présenter un rapport sur leur entière mise en oeuvre. (Il faut se conformer aux ordonnances de paiement des frais.) Toutes les autres parties intéressées sont mises au courant.

Selon le paragraphe 22 (2) de la Loi, la Commission est tenue d'intégrer à son rapport annuel à l'intention du Parlement a) un état de toutes les affaires dont elle a été saisie pendant l'année, b) les recommandations qu'elle a établies pendant l'année, c) un état des cas où les recommandations ont été entièrement mises en oeuvre et d) une indication des cas où les recommandations n'ont pas été pleinement mises en oeuvre et des raisons pour lesquelles elles ne l'ont pas été.

Annexe A

État financier

	En milliers de dollars	
	Prévu 1990-1991	Réel 1989-1990
Personnel	887	565
Biens et services		
Transports et communications	60	38
Information	55	43
Services professionnels et spéciaux	180	176
Locations	15	8
Réparation et entretien	5	47
Services publics, matériel et fournitures	40	56
Subventions et autres paiements	15	–
	370	368
Total des frais d'exploitation	1 257	933
Immobilisations	20	134
Compression budgétaire (effort du Canada dans le Golfe persique)	20	–
Total du programme	**1 297**	**1 067**
Années-personnes	10	8

Annexe B

Adresse postale de la Commission:

Commission de révision des marchés publics du Canada
C.P. 1533
Succursale B
Ottawa (Ontario)
K1P 6P6

Adresse de la Commission:

5e étage
60, rue Queen
Ottawa (Ontario)
Téléphone: (613) 990-1988
TÉLÉCOPIEUR: (613) 992-3686

Remarque: La correspondance destinée à la Commission devrait être adressée aux endroits suivants:

1) Pour déposer une plainte officielle: à l'attention du REGISTRAIRE, à l'adresse susmentionnée.

2) La correspondance d'ordre général, soit l'information, les instructions sur les procédures, etc., devrait être adressée au SECRÉTAIRE, à l'adresse susmentionnée.

Annexe C

Commission de révision des marchés publics du Canada

COMMISSION

Gerald A. Berger, président et premier dirigeant
Nancy Gabler, secrétaire

PERSONNEL DE LA COMMISSION

Jean Archambault, secrétaire de la Commission
Ronald E. Williams, c.r., avocat général
Randolph W. Heggart, directeur (Recherche et analyse)
Marie Chalifoux, registraire
Karen Blackburn
Simone Comeau
Sandra McNeil
France Séguin La Haye
Jo-Ann Tremblay
Daniel E. Venance